



ISSN 1677-1419

Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 12, Vol. 12, Número 12 - 2012



ORGANIZADORES

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE
CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL



Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 12, Vol. 12, Número 12 - 2012



Organizadores:

Antônio Augusto Cançado Trindade
César Oliveira de Barros Leal

Conselho Editorial

Antônio Augusto Cançado Trindade
César Oliveira de Barros Leal
Paulo Bonavides
Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati
Antônio Álvares da Silva
Antônio Celso Alves Pereira
Antônio Otávio Sá Ricarte
Bleine Queiroz Caúla
Carlos Weis
Catherine Maia
Elkin Eduardo Gallego Giraldo
Emilia Segares
Emmanuel Teófilo Furtado
Gerardo Caetano
Gonzalo Elizondo Breedy
Juan Carlos Murillo
Julieta Morales Sánchez
Lília Sales de Moraes
Manuel E. Ventura-Robles
Margarida Genevois
Maria Glaucíria Mota Brasil
Pablo Saavedra Alessandri
Philippe Couvreur
Renato Zerbini Ribeiro Leão
Roberto Cuéllar
Ruth Villanueva Castilleja
Sérgio Urquhart de Cademartori
Sílvia Maria da Silva Loureiro
Wagner Rocha D'Angelis

Projeto Gráfico/Capa

Nilo Alves Júnior

Diagramação

Franciana Pequeno

Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.
V. 12, N. 12 - (2012). Fortaleza, Ceará.
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2012.
Anual.

1. Direitos Humanos - Periódicos. I. Brasil.
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

CDU



Homenageada especial
Soledad García Muñoz

*O conteúdo dos artigos
é de inteira responsabilidade
dos autores.*

*Permite-se a reprodução parcial
ou total dos artigos aqui
publicados desde que seja
mencionada a fonte.*

Distribuição:

Instituto Brasileiro de Direitos
Humanos

Rua José Carneiro da Silveira, 15 -
ap. 301. Cocó
CEP: 60192.030
Fortaleza - Ceará - Brasil
Telefone: +55 85 3234.32.92
<http://www.ibdh.org.br>
E-mail: cesarbl@matrix.com.br

A Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos
é uma publicação anual do IBDH.



Sumário

Ano 12, Vol. 12, Número 12 - 2012

● Conselho Consultivo.....	05
● Apresentação.....	09
I- Caso <i>Alyne Pimentel</i> : Uma Análise à Luz da Abordagem Baseada em Direitos Humanos Aline Albuquerque S. de Oliveira e Julia Barros Schirmer	11
II- Os Indivíduos como Sujeitos do Direito Internacional Antônio Augusto Cançado Trindade	23
III- Antônio Augusto Cançado Trindade e a Humanização do Direito Brasileiro Antônio Celso Alves Pereira	59
IV- Los Derechos Humanos de las Personas Prisioneras Antonio Sánchez Galindo	71
V- Las Transformaciones de la Pena en un Mundo en Transición: Una Breve Reflexión desde la Perspectiva de los Derechos Humanos César Oliveira de Barros Leal	79
VI- The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons: The ICJ Advisory Opinion Reconsidered Daniel Thürer	85
VII- Reseña del Libro: Antônio Augusto Cançado Trindade - <i>El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> , Belo Horizonte, Edit. del Rey, 2011 Diego P. Fernández Arroyo	95
VIII- La Ejecución de Medidas de Seguridad en el Estado de Derecho, con Especial Atención a la Problemática de los Menores de Edad y sus Derechos Humanos Emma Mendoza Bremauntz	101
IX- Reflexões Sobre a Judicialização da Saúde no Brasil à Luz dos Fundamentos Constitucionais dos Direitos Sociais e da Análise Prospectiva Proposta pela Teoria dos Jogos Gisele Chaves Sampaio Alcântara	119
X- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Desafío de la Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales Gonzalo Aguilar Cavallo	155
XI- La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado Javier Alberto Higuera Zazueta	185
XII- Democracia y Derechos Humanos en la Carta Democrática Interamericana Jean-Michel Arrighi	199
XIII- El Tercer Protocolo de la Convención de los Derechos del Niño: La Consagración del Niño como Sujeto de Derechos Humanos y Los Nuevos Desafíos del Comité de los Derechos del Niño Jorge Cardona Llorens	211
XIV- El Nuevo Rostro de la Justicia Constitucional en América: Hacia una Garantía Real de los Derechos Humanos Julietta Morales Sánchez	229
XV- Casos <i>Pueblo Saramaka</i> y <i>Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku</i> : ¿Un Paso atrás en cuanto al Fundamento de los Derechos de las Sociedades Tradicionales? Karine Rinaldi	243
XVI- Das Políticas Migratórias ao Carnaval: O Multiculturalismo como Utopia Social Larissa A. Coelho	257
XVII- A Hidrelétrica de Belo Monte: Reflexões sobre a Exploração de Recursos Naturais sob a Perspectiva do Direito Internacional e dos Direitos Humanos Leticia Sakai	265

XVIII- “Iguais mas Diferentes”: A Busca da Concretização de Igualdade Real para Pessoas com Deficiência Liliana Lyra Jubilut	277
XIX- Reparations at the International Criminal Court: Lessons from the Inter-American Court of Human Rights Miriam Cohen	295
XX- Le Travailleur Migrant en Situation Irrégulière: L'accès Formel et Effectif aux Droits devant les Organes <i>Quasi</i> Juridictionnels et Juridictionnels de Contrôle Paula Wojcikiewicz Almeida	311
XXI- La Jerarquía Normativa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Evolución Jurisprudencial del <i>Jus Cogens</i> (1993-2012) Ricardo Abello-Galvis	357
XXII- Gênero e Direitos Humanos - A Contribuição do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade Shelma Lombardi de Kato	377
XXIII- O Reconhecimento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos das Vítimas Coletivas como Sujeitos do Direito Internacional: Análise da Evolução Jurisprudencial em Casos de Reclamos Territoriais dos Povos Indígenas Sílvia Maria da Silveira Loureiro	383
● ANEXOS	
XXIV- Address to the U.N. Human Rights Committee on the Occasion of the Commemoration of its 100 th Session (2010) Antônio Augusto Cançado Trindade	403
XXV- The Right of Access to Justice in its Wide Dimension ¹ Antônio Augusto Cançado Trindade	409
XXVI- Discurso Proferido na Abertura do <i>I Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos: Os Direitos Humanos desde a Dimensão da Pobreza</i> , no dia 18 de Junho de 2012, no auditório da Assembleia Legislativa, em Fortaleza, Ceará, Brasil César Oliveira de Barros Leal	417
XXVII- Libres Propos d'un Ancien Juge International Mohammed Bedjaoui	421
XXVIII- Discurso Proferido na Abertura do <i>I Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos: Os Direitos Humanos desde a Dimensão da Pobreza</i> , no dia 18 de Junho de 2012, no auditório da Assembleia Legislativa, em Fortaleza, Ceará, Brasil Roberto Cuéllar	433
● CONSELHO EDITORIAL	437

CONSELHO CONSULTIVO DO IBDH

- **Antônio Augusto Cançado Trindade (Presidente de Honra)**

Ph.D. (Cambridge – Prêmio Yorke) em Direito Internacional; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; Juiz e ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; ex-Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Membro do Conselho Diretor do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo) e da Assembleia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Membro Titular do “Institut de Droit International” e Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia).

- **César Oliveira de Barros Leal (Presidente)**

Pós-doutor em Estudos Latino-americanos (Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da Universidade Nacional Autónoma do México); Pós-doutor em Direito (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina); Doutor em Direito (UNAM); Procurador do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da UFC; Membro da Assembleia Geral e do Conselho Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Membro da Academia Brasileira de Direito Criminal e da Academia Cearense de Letras.

- **Paulo Bonavides (1º Vice-Presidente)**

Doutor em Direito; Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Professor Visitante nas Universidades de Colônia (1982), Tennessee (1984) e Coimbra (1989); Presidente Emérito do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional; Doutor Honoris Causa pela Universidade de Lisboa; Titular das Medalhas “Rui Barbosa”, da Ordem dos Advogados do Brasil (1996) e “Teixeira de Freitas”, do Instituto dos Advogados Brasileiros (1999).

- **Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati (2º Vice-Presidente)**

Coordenadora do Curso de Direito do Instituto Camilo Filho; Presidente da Academia Piauiense de Letras Jurídicas; Membro da Academia Piauiense de Letras; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

- **Andrew Drzemczewski**

Ph. D. (Universidade de Londres); ex-Professor Visitante da Universidade de Londres; Diretor da Unidade de “Monitoring” do Conselho da Europa; Conferencista em Universidades de vários países.

- **Alexandre Charles Kiss**

Ex-Secretário Geral e ex-Vice-Presidente do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo); Diretor do Centro de Direito Ambiental da Universidade de Estrasburgo; Diretor de Pesquisas do “Centre National de la Recherche” (França); Conferencista em Universidades de vários países.

• **Antonio Sánchez Galindo**

Ex-Diretor do Centro Penitenciário do Estado do México; ex-Diretor Geral de Prevenção e Readaptação Social do Estado do México; ex-Professor de Direito Penal da UNAM; Membro da Academia Mexicana de Ciências Penais e da Sociedade Mexicana de Criminologia; Diretor Técnico do Conselho de Menores da Secretaria de Segurança Pública do México.

• **Celso Albuquerque Mello**

Professor Titular de Direito Internacional Público da Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro; Livre-Docente e Professor de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro; Juiz do Tribunal Marítimo.

• **Christophe Swinarski**

Ex-Consultor Jurídico do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV-Genebra); Delegado do CICV no Extremo Oriente e ex-Delegado do CICV na América do Sul (Cone Sul); Conferencista em Universidades de vários países.

• **Dalmo de Abreu Dallari**

Professor da Universidade de São Paulo; ex-Secretário de Negócios Jurídicos da Cidade de São Paulo; Membro da Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo.

• **Dean Spielmann**

Juiz e Presidente da Corte Européia de Direitos Humanos, Membro do Conselho de Administração do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo).

• **Elio Gómez Grillo**

Advogado; Doutor em Direito; Professor Universitário de Criminologia e Direito Penal em Caracas, Paris e Roma; Fundador do Instituto Universitário Nacional de Estudos Penitenciários (IUNEP) da Venezuela; Presidente da Comissão de Funcionamento e Reestruturação do Sistema Judiciário da Venezuela.

• **Fernando Luiz Ximenes Rocha**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; ex-Diretor Geral da Escola Superior da Magistratura do Ceará; ex-Procurador Geral do Município de Fortaleza; ex-Procurador do Estado do Ceará; ex-Procurador Geral do Estado do Ceará; ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

• **Héctor Fix-Zamudio**

Professor Titular e Investigador Emérito do Instituto de Pesquisas Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México; Juiz e ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Membro da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias das Nações Unidas; Membro do Conselho Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.



- **Hélio Bicudo**

Ex-Deputado Federal (Partido dos Trabalhadores – São Paulo); ex-Presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

- **Jaime Ruiz de Santiago**

Ex-Professor da Universidade Ibero-americana do México; ex-Encarregado de Missão do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) no Brasil; ex-Delegado do ACNUR em San José – Costa Rica; Conferencista em Universidades de vários países.

- **Jayme Benvenuto Lima Júnior**

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Consultor Jurídico do GAJOP (Recife).

- **Jean François Flauss**

Secretário Geral do Instituto Internacional de Estrasburgo; Professor de Direito Internacional da Universidade de Lausanne (Suíça).

- **Jorge Padilla**

Graduado em Administração de Negócios (Internacionais); Consultor Permanente do Instituto Interamericano de Direitos Humanos desde 2003; Consultor Corporativo em Projetos de Responsabilidade Social; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais na Universidade Autônoma da América Central; Articulista permanente em jornais de circulação nacional, na Costa Rica.

- **Karel Vasak**

Ex-Secretário Geral do Instituto Internacional de Direitos Humanos; Ex-Consultor Jurídico da UNESCO.

- **Linós-Alexandre Sicilianos**

Juiz da Corte Européia de Direitos Humanos, Membro do Conselho de Administração do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo);

- **Néstor José Méndez González**

Advogado; Professor da UNAM; Diretor Geral do Instituto Nacional de Apoio a Vítimas e Estudos em Criminalidade (México).

- **Sergio García Ramírez**

Investigador no Instituto de Investigações Jurídicas e Membro da Junta de Governo da Universidade Nacional Autônoma do México; ex-Juiz e ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

- **Sheila Lombardi de Kato**

Desembargadora do Estado de Mato Grosso; Coordenadora-Geral do Programa Nacional de Direitos da Mulher.

• **Soledad García Muñoz**

Advogada; Diplomada em Direitos Humanos pela Universidade Carlos III de Madri; Professora da Universidade Nacional de La Plata e de outras universidades ibero-americanas; Coordenadora do Escritório Regional da América do Sul do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.



dos detentores do poder. Entende o IBDH que o direito internacional e o direito interno se encontram em constante interação, em benefício de todos os seres humanos.

Assim sendo, o IBDH continua manifestando sua estranheza ante o fato de não se estar dando aplicação cabal ao art. 5º, § 2º, da Constituição Federal Brasileira vigente, de 1988, o que acarreta responsabilidade por omissão. A juízo do IBDH, por força do art. 5º, § 2º, da Carta Magna, os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte incorporam-se ao rol dos direitos constitucionalmente consagrados. Insta tratá-los dessa forma, como preceitua nossa Constituição, a fim de alcançar uma vida melhor para todos quantos vivam em nosso país.

Nesse sentido, o IBDH volta a repudiar as alterações introduzidas pelo posterior art. 5º, § 3º, da emenda constitucional n. 45 (promulgada em 08.12.2004), o qual revela inteiro desconhecimento da matéria, na perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dando ensejo a todo tipo de incongruências – inclusive em relação a tratados de direitos humanos anteriores à referida emenda – ao sujeitar o *status* constitucional de novos tratados de direitos humanos à forma de aprovação parlamentar dos mesmos. Esta bisonha novidade, sem precedentes e sem paralelos, leva o IBDH a reafirmar, com ainda maior veemência, a autossuficiência e autoaplicabilidade do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal brasileira.

Na mesma linha de pensamento, o IBDH também repudia as recentes críticas de determinados detentores do poder a decisões de órgãos internacionais de supervisão dos direitos humanos, pelo simples fato de serem tais decisões desfavoráveis ao Estado brasileiro. Algumas críticas, reveladoras de ignorância, chegam ao extremo de proporem represálias a órgãos internacionais que estão cumprindo o seu dever, em defesa dos justiciáveis. A esse respeito, nunca é demais recordar que os Estados Partes na Convenção Americana dos Direitos Humanos, que reconheceram a competência compulsória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assumiram o compromisso de dar plena execução às Sentenças da Corte Interamericana. Isto se impõe *bona fides*, em razão do princípio geral do direito *pacta sunt servanda*. A nenhum Estado Parte é dado evadir-se do fiel cumprimento de suas obrigações convencionais.

Reiteramos, enfim, que a Revista do IBDH, como repositório de pensamento independente e de análise e discussão pluralistas sobre os direitos humanos, persegue o desenvolvimento do ensino e da pesquisa sobre a matéria no Brasil. Desse modo, na tarefa de consolidação de um paradigma de observância dos direitos humanos em nosso meio social, espera o IBDH dar uma permanente contribuição.

Antônio Augusto Cançado Trindade

César Oliveira de Barros Leal



CASO *ALYNE PIMENTEL*: UMA ANÁLISE À LUZ DA ABORDAGEM BASEADA EM DIREITOS HUMANOS



Aline Albuquerque S. de Oliveira

Pós-Doutora em Direitos Humanos pelo Instituto de Direitos Humanos da Universidade de Emory; Doutora em Ciências da Saúde/Bioética pela Universidade Brasília e Visiting Scholar do Instituto de Ética Biomédica da Universidade de Zurique; Advogada da União na Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Julia Barros Schirmer

Assessora da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; Especialização em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2008) e graduação em Direito pela mesma Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2005); Integrante do Grupo de Pesquisa CNPQ Observatório de Direitos Humanos da Universidade Federal de Santa Catarina.

1. INTRODUÇÃO

O Caso *Alyne Pimentel* é a primeira denúncia sobre mortalidade materna acolhida pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, doravante denominado Comitê, incumbido de monitorar o cumprimento pelos Estados-parte da Convenção relativa aos Direitos das Mulheres, adotada pelas Nações Unidas em 1979. Além de o tema, mortalidade materna, ser um elemento diferencial do Caso, o fato de ser a única “condenação” do Estado brasileiro proveniente de um órgão do Sistema Universal de Direitos Humanos também demonstra sua especificidade e relevo para a comunidade nacional e internacional que lida com a proteção dos direitos humanos. Sendo assim, escolheu-se o Caso *Alyne Pimentel* em virtude de apresentar aspectos particulares que lhe conferem a qualidade de um caso paradigmático, porquanto diz respeito à morte de uma mulher - gestante, jovem, afrodescendente, e de baixa renda - decorrente de ausência de assistência médica adequada, fato que não foi posteriormente apurado, cujo processo judicial relativo à responsabilização civil do Estado ainda se encontra em trâmite, decorridos quase dez anos após o episódio.

O Caso *Alyne Pimentel* trouxe à tona a problemática da morte materna, enquanto violação do direito humano à saúde, que se reflete na razão de mortalidade materna no Brasil: 68.7 por 100.000 nascidos vivos (DATASUS, 2008). Ainda distante da razão de 35 por 100.000 nascidos vivos, meta apontada pelos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (IPEA, 2010), assim como da realidade de outros países do continente Americano, como, por

exemplo, Cuba, que apresenta 43.1; Canadá, 6.5; Estados Unidos, 12.7; Argentina, 55; Chile, 16.6 (PAHO, 2011). Como se nota, a alta taxa de mortalidade materna demonstra que os esforços empreendidos pelo Estado brasileiro com vistas a evitar a mortalidade derivada da maternidade, o que inclui o acesso a serviços qualificados de parto, atenção obstétrica de emergência, educação e informação sobre saúde sexual e reprodutiva, além de outros (HUNT, 2006), ainda não lograram reverter o quadro situacional de saúde das mulheres no Brasil, embora se reconheça que foi registrada redução da morte materna desde 1990 (IPEA, 2010).

Nos últimos anos, foi-se expandindo o entendimento conceitual da mortalidade derivada da maternidade como uma expressão dos direitos humanos, especificamente enquanto conteúdo do direito ao desfrute do mais alto nível de saúde física e mental (Hunt, 2006), previsto no art. 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado e internalizado pelo Estado brasileiro. Igualmente, a morte materna evitável consiste em violação à dignidade humana intrínseca da mulher, assim como flagrante injustiça social (YAMIN; MAINE, 2005). Tal entendimento impele à integração do direito à saúde na formulação de políticas e programas públicos de enfrentamento à mortalidade materna. Nesse sentido, importante destacar a Resolução n. 11/8, expedida pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, sobre mortalidade e morbidade materna evitável¹ e direitos humanos, na qual o órgão de direitos humanos afirma que a alta taxa inaceitável de mortalidade materna e morbidade é um desafio de saúde, direitos humanos e desenvolvimento.

Tendo em conta a perspectiva da violação do direito humano à saúde, retratado na ocorrência de mortalidade materna, bem como do direito ao acesso à justiça e a ausência de qualquer responsabilização dos agentes no Caso *Alyne Pimentel*, este artigo tem como escopo analisar, do ponto de vista da Abordagem Baseada em Direitos Humanos - ABDH, a política mais atual e compreensiva endereçada ao enfrentamento da mortalidade materna, enquanto uma das medidas adotadas pelo Estado brasileiro como resposta às recomendações do COMITÊ no Caso *Alyne Pimentel*. Sendo assim, considerando a limitação de dimensão deste trabalho, optou-se por focar a política de saúde reprodutiva nacional, a intitulada “Rede Cegonha”. Tal investigação tem como objetivo verificar se o Estado brasileiro incorporou à referida política o referencial teórico-normativo dos direitos humanos, mediante o emprego da ABDH, que fornece um elenco de critérios para a verificação de políticas públicas de saúde pública e sua conformidade com as normas e princípios de direitos humanos.

Para tanto, foram adotados os seguintes passos metodológicos: i. descrição do Caso a partir do conteúdo da Comunicação n. 17/2008, e da de 2011, e as opiniões e recomendações elaboradas pelo COMITÊ correlatas à denúncia; ii. estudo da ABDH, especificamente no campo da saúde pública, conforme formulação desenvolvida pela Organização Mundial de Saúde, e os estudos de Singh (2010), Beracochea, Weinstein e Evans (2011), assim como os de Taket (2012), sendo o primeiro importante em razão de ser proveniente da agência das Nações Unidas com mandato para a saúde pública e direitos humanos, e os demais autores assinalados, por apresentarem estudos especializados na aplicação da ABDH à saúde pública; iii. análise, com base nos critérios apresentados pelo referencial da ABDH de avaliação de políticas e programas públicos de saúde, da “Rede Cegonha”, instituída pela Portaria n. 1.459/GM/MS, de 24 de junho de 2011, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Em seguida, passa-se à descrição do Caso *Alyne Pimentel*, conforme os termos do documento do COMITÊ.

2. O Caso *Alyne Pimentel*

Em 2007, os petiçãoários do Caso, o Centro para os Direitos Reprodutivos e a Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos, representantes de Maria de Lourdes da Silva Pimentel, mãe de Alyne Pimentel, apresentaram uma comunicação perante o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, alegando a violação do direito à

vida e à saúde da vítima, Alyne Pimentel. Segundo os petiçãoários, Alyne Pimentel, grávida de seis meses, aos 11 de novembro de 2002, dirigiu-se à Casa de Saúde Nossa Senhora da Glória, localizada na cidade de Belford Roxo, apresentando náusea grave e dor abdominal. No dia citado, o médico que lhe atendeu prescreveu medicação de rotina e a liberou. Contudo, seu estado de saúde piorou, e, no dia 13 de novembro, Alyne Pimentel teria retornado ao mesmo hospital com sua mãe. Na ocasião, outro médico a examinou e não verificou batimento cardíaco fetal, o que foi confirmado por meio de ultrassonografia. O médico lhe deu medicamento para acelerar o parto, o que ocorreu horas depois. No dia 14 de novembro, 14 horas após o parto, Alyne Pimentel teria se submetido a uma curetagem para a retirada de parte da placenta, porém, sua condição de saúde tornou-se cada vez mais grave, com hemorragia, vômito de sangue, pressão baixa, impossibilidade de ingestão de alimentos e desorientação prolongada. Em 15 de novembro, o quadro de saúde de Alyne Pimentel não se alterou, mantendo as mesmas características do dia anterior. Os médicos fizeram contato com hospitais de referência a fim de transferi-la. Apenas o Hospital Geral de Nova Iguaçu tinha disponibilidade para tanto, contudo, não se prontificando a utilizar sua única ambulância para a remoção de Alyne Pimentel. A mãe e o marido da paciente aguardaram por oito horas para que a transferência pudesse ser realizada. Nesse período, Alyne Pimentel já teria apresentado um quadro de coma. Quando a paciente chegou ao Hospital Geral de Nova Iguaçu, encontrava-se hipotérmica e teve que ser ressuscitada em uma maca, pois não havia leitos disponíveis. Os petiçãoários alegam que os médicos não enviaram o prontuário de Alyne Pimentel para o hospital de referência. No dia 16 de novembro, Alyne Pimentel morreu em decorrência de hemorragia digestiva. Segundo os médicos, teria falecido em razão do feto morto não ter sido removido de seu útero. Em fevereiro de 2003, o viúvo de Alyne Pimentel ajuizou ação indenizatória em face do Estado do Rio de Janeiro (COMITÊ, 2011).

Os petiçãoários, ao formular a apontada comunicação, fundamentaram-se no Protocolo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, internalizado no ordenamento jurídico nacional em 2002, o qual estabelece procedimento de comunicações individuais ou de grupos de indivíduos, conhecido como “quase judicial”, porquanto não tem a natureza jurídica vinculante de uma sentença; contudo, apresenta-se vinculativo na medida em que

o Estado ratificador do tratado deve cumpri-lo de boa fé, consoante a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados. Sendo assim, caso o COMITÊ entenda que tenha efetivamente ocorrido violação dos direitos humanos previstos na Convenção referida, emitirá observações e recomendações, às quais o Estado deve dar devida consideração. Deve, ainda, apresentar ao Comitê, dentro de seis meses, resposta por escrito, incluindo informações sobre quaisquer ações realizadas à luz das observações e recomendações anteriormente dirigidas ao Estado.

Na comunicação do Caso *Alyne Pimentel*, os peticionários sustentaram que o Estado brasileiro não assegurou o acesso a tratamento médico de qualidade durante o parto, tendo em conta que a principal causa da morte da vítima teria sido a demora evitável no recebimento de atenção obstétrica de urgência e a ausência de atendimento obstétrico qualificado. O fato de Alyne Pimentel, em seu primeiro atendimento, não ter sido submetida a exames mais precisos e tratamento apropriado, e de, no segundo atendimento, o feto e partes da placenta não terem sido completamente expelidos, causaram hemorragia e complicações, e, consequentemente, sua morte. Sua transferência também foi ineficaz, pois ela foi mantida numa maca sem atendimento qualificado, o que concorreu para sua morte evitável (COMITÊ, 2011). Assim, os peticionários alegam que houve falha no sistema de referência dos serviços de saúde; ausência de coordenação entre os serviços de pré-natal e de parto; falta de ambulância ou transporte apropriado e de leito; e não-apresentação pelos médicos de seu prontuário no serviço de referência (COMITÊ, 2011).

Ainda, os peticionários sustentam que o Estado brasileiro falhou em assegurar ações judiciais efetivas e de proteção no contexto de violações à saúde reprodutiva. A ausência de responsabilização por parte do sistema judicial aponta para uma sistemática falha estatal no reconhecimento da necessidade de adotar medidas de reparação para a mulher que foi tratada de modo discriminatório. A demora na prestação jurisdicional teria causado dano devastador para a família de Alyne Pimentel, principalmente à sua filha, Alice Pimentel, pois foi abandonada pelo pai, e, em consequência, deixou de contar com meios materiais dignos para sua sobrevivência (COMITÊ, 2011).

Especificamente no presente caso, o COMITÊ decidiu que o Estado brasileiro violou o direito ao acesso à saúde; o direito ao acesso à justiça; e o direito a ter as atividades dos serviços privados de saúde regulados pelo Estado, conjuntamente com o direito a não ser discriminada. Segundo

o COMITÊ (2011), a morte de Alyne Pimentel caracteriza-se como relacionada a complicações obstétricas vinculadas à gestação, observado que o profissional de saúde que realizou seu primeiro atendimento falhou ao não se certificar imediatamente da morte do feto, registrando-se que os testes de urina e sangue foram realizados dois dias depois do primeiro atendimento, e a curetagem, 14 horas após o parto. Em suma, conforme o COMITÊ, tal morte pode ser classificada como materna. Quanto ao fato da Casa de Saúde Nossa Senhora da Glória ser privada, para o COMITÊ (2011) o Estado é diretamente responsável pelos serviços prestados por instituições privadas de saúde, existindo o dever estatal permanente de regular e monitorar as instituições privadas de saúde. Ainda, de acordo com o COMITÊ (2011), a ausência de serviços apropriados de saúde materna, dirigidos ao atendimento de objetivos específicos e particulares, demandas em saúde no interesse da mulher, constitui, além de violação ao direito à saúde, discriminação contra a mulher. Para o Comitê (2011), além de Alyne Pimentel ter sofrido discriminação por ser mulher, também o foi por ser afrodescendente e pertencer à camada da população de baixa renda. Por fim, o COMITÊ (2011) reconhece que o Estado brasileiro não assegurou proteção judicial efetiva e remédios jurídicos apropriados, acentuando que nenhum procedimento foi iniciado contra aqueles que causaram diretamente a morte de Alyne Pimentel, bem como a ação indenizatória, interposta em 2003, ainda não havia sido julgada. Em referência a tal ponto, o COMITÊ (2011) entendeu que o Estado brasileiro não cumpriu sua obrigação de assegurar proteção e ação judicial efetiva.

As recomendações feitas pelo COMITÊ (2011) foram sete, sendo uma de natureza compensatória, na qual prevê que o Estado brasileiro deve indenizar a mãe e a filha de Alyne Pimentel; três concernentes a políticas públicas de saúde: i. assegurar o direito da mulher à maternidade saudável e o acesso de todas as mulheres a serviços adequados de emergência obstétrica; ii. realizar treinamento adequado de profissionais de saúde, especialmente sobre direito à saúde reprodutiva das mulheres; iii. reduzir as mortes maternas evitáveis, por meio da implementação do Pacto Nacional para a Redução da Mortalidade Materna e da instituição de comitês de mortalidade materna; três recomendações que dizem respeito à *accountability*: i. assegurar o acesso a remédios efetivos nos casos de violação dos direitos reprodutivos das mulheres e prover treinamento adequado para os profissionais do Poder Judiciário e operadores

do direito; ii. assegurar que os serviços privados de saúde sigam padrões nacionais e internacionais sobre saúde reprodutiva; iii. assegurar que sanções sejam impostas para profissionais de saúde que violem os direitos reprodutivos das mulheres.

Neste tópico, buscou-se expor o Caso *Alyne Pimentel* com foco nas alegações dos petionários e no entendimento do COMITÊ, os quais, como se pode perceber, são convergentes. Os argumentos espostos pelo Estado brasileiro não foram objeto análise, pois o COMITÊ não os acolheu, deliberando nos termos da comunicação dos petionários. Dessa forma, partiu-se da decisão do COMITÊ de que houve violação de direitos humanos e da responsabilidade do Estado brasileiro para desenvolver a concepção central deste estudo, que consiste no exame da adequação da política de saúde materna atual do Brasil e dos remédios e medida de responsabilização com uma perspectiva de direitos humanos, a qual será delimitada em seguida.

3. ABORDAGEM BASEADA EM DIREITOS HUMANOS APLICADA À SAÚDE

A Abordagem baseada em Direitos Humanos aplicada à Saúde desenvolvida neste estudo parte de um marco teórico institucional, construído pela Organização Mundial de Saúde e do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, assim como acadêmico, o qual se fundamenta nas pesquisas das teóricas de Singh (apud TAKET, 2012), Beracochea, Weinstein e Evans (2011), bem como de Taket (2012). Mesmo que as autoras não empreguem a denominação “Abordagem Baseada em Direitos Humanos”, mas tão somente “Direitos”, o escopo é o mesmo, qual seja, a conexão explícita dos direitos humanos em questão com os documentos normativos no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos (BERACOCHEA; WEINSTEIN; EVANS, 2011), constituindo uma abordagem que auxilia a proteção e a promoção dos direitos humanos na esfera da saúde pública (TAKET, 2002).

A ABDH busca conferir suporte mais robusto aos resultados buscados pelos Estados por meio de políticas públicas, mediante a análise e o foco em iniquidades, práticas discriminatórias e relações de poder assimétricas. O suporte referido se ancora no sistema de direitos humanos, civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e nas obrigações estatais correlatas (WHO; ORHC, 2012). Nas Nações Unidas, reconhecendo a necessidade de adotar perspectivas coerentes no contexto da colaboração entre agências, acordou-se o

Entendimento Comum das Nações Unidas sobre a Abordagem Baseada em Direitos Humanos, no ano de 2003, o qual serve como ponto de referência e guia para inúmeros parceiros. Na esfera da saúde, a ABDH implica, especificamente, a busca da realização do direito humano à saúde e dos demais direitos humanos correlatos, do que se extrai que política e programas sanitários devem ser norteados por padrões de direitos humanos, bem como pelo desenvolvimento da capacidade daqueles que são obrigados, em decorrência de normas de direitos humanos, a efetivar suas obrigações e a concretizar o empoderamento dos titulares de tais direitos (WHO; ORHC, 2012). Com efeito, ao se trazer a ABDH especificamente para o campo da saúde, há que se fazer uma breve referência para a interconexão entre saúde pública e direitos humanos. A penetração do referencial dos direitos humanos na saúde pública é recente, na década de noventa, Jonathan Mann desenvolveu inaugural abordagem das condições vivenciadas por pessoas que viviam com HIV e AIDS sob a ótica do estigma e discriminação sofridos por elas, demonstrando que não era apenas uma questão sanitária, mas, mormente de direitos humanos (BERACOCHEA; WEINSTEIN; EVANS, 2011).

A ABDH enfatiza que o objetivo precípua das políticas, estratégias e programas em saúde é a persecução da realização do direito à saúde e outros direitos humanos relacionados, com base em normativas de direitos humanos. Os padrões de direitos humanos fornecem um norte para a definição precisa de elementos constituintes do escopo da atuação estatal no campo da saúde. Sendo assim, se o propósito é a efetivação dos direitos humanos, políticas e programas precisam estar sistematicamente integrados com tais direitos. Com efeito, a ABDH preocupa-se não apenas com o resultado das ações e serviços de saúde efetivados pelo Estado, mas também com o processo, ou seja, com a forma com que os agentes políticos atuarão com vistas a atingir determinadas metas estabelecidas. O processo de constituição de políticas e programas – diagnóstico, estabelecimento de prioridades, planejamento do programa e seu desenho, implementação, monitoramento e avaliação – deve estar conectado com os padrões e princípios de direitos humanos (WHO; ORHC, 2012).

A eliminação de todas as formas de discriminação é aspecto central da ABDH, nesse sentido, estratégias tendentes a alcançar a igualdade de gênero e a supressão da discriminação baseada no sexo são centrais. Além do princípio da não discriminação, a ABDH fundamenta-se nos princípios da participação, igualdade e *accoun-*

tability. O princípio da participação significa que as pessoas são autorizadas a atuar livremente em decisões que diretamente as afetam. A participação aumenta a chance de que políticas e programas correspondam às necessidades de seus destinatários. O acesso à informação é um aspecto essencial do princípio da participação, pois sem informação disponível, acessível em linguagens e formatos variados, bem como sem a garantia do direito à associação, a exequibilidade da participação torna-se prejudicada (WHO; ORCH, 2012).

O princípio da igualdade e da não discriminação aponta para a imperiosidade do Estado adotar um conjunto de legislação, políticas e programas não discriminatórios, tal como relativamente àquelas tendentes a balizar a alocação de recursos sanitários. A informação de saúde deve estar estruturada de modo desagregado, a fim de que permita a identificação de iniquidades em saúde dos grupos mais vulneráveis (WHO; ORCH, 2012).

No que tange à *accountability*, esse princípio é um componente-chave da ABDH aplicada à saúde pública (BERACOCHEA; WEINSTEIN; EVANS, 2011). O princípio traz o comando da transparência para o Estado, o qual deve aplicá-lo a todos os processos decisórios e ações, assim como na adoção de mecanismos de responsabilização. Há variados meios de se materializar a *accountability*, dentre eles destacam-se: i. ratificação dos tratados de direitos humanos e incorporação de seus padrões ao ordenamento jurídico nacional; ii. instituição de mecanismos judiciais e quase-judiciais, como comissões de direitos humanos e *ombudsman*; iii. criação de mecanismos administrativos e políticos, por exemplo, a revisão de políticas de saúde e estratégias, auditorias e avaliação de impacto nos direitos humanos; iv. elaboração de relatórios perante organismos internacionais de direitos humanos, demonstrando o cumprimento de seus compromissos (WHO; ORCH, 2012). Com efeito, o princípio da *accountability* requer dos governos e tomadores de decisão que sejam transparentes sobre os processos e ações, bem como justifiquem suas escolhas, o que significa *answerability* (WHO, 2011). Contudo, sabe-se que os profissionais de saúde não estão acostumados a responderem por suas práticas, ademais, as comunidades não estão organizadas para exigir seus direitos e demandas de *accountability* dos governos em seus vários níveis (BERACOCHEA; WEINSTEIN; EVANS, 2011).

A ABDH foca na capacidade dos agentes do Estado que detêm o dever de adimplir as obrigações de direitos humanos e nos titulares desses

direitos. A capacidade aludida inclui competência, habilidades, recursos, responsabilidades, autoridade e motivação. Em relação aos agentes obrigados, a ABDH enfatiza a capacidade nos três níveis, local, regional e federal, direcionada ao atendimento das obrigações de respeitar, proteger e realizar os direitos humanos. Na área da saúde, agentes obrigados são os gestores, diretores de unidades de saúde, profissionais de saúde e parlamentares. Por outro lado, a partir da perspectiva dos titulares, a ênfase recai sobre seu empoderamento, visando ao entendimento de que são detentores de direitos humanos (WHO; ORCH, 2012).

Ao se cotejar a Abordagem Baseada em Necessidades – ABN com a ABDH, verifica-se que a primeira foca-se na ajuda que se dá aos que precisam, enquanto a segunda, no empoderamento dos titulares de direitos, buscando fomentar sua habilidade para exigí-los. A ABN, norteadora pelo princípio da utilidade, busca priorizar as demandas da maioria, objetivando o maior benefício para o maior número de pessoas, subjugando as premissas individuais. A ABDH tem como pressuposto a dignidade ontológica da pessoa humana, a qual deve ser tratada com igual respeito e consideração, o que conduz ao problema de conciliar a universalidade dos direitos humanos com a imperiosidade de restringi-los, em determinados contextos, em prol dos interesses coletivos, especialmente quando estão em jogo os direitos humanos de populações vulneráveis. A ABN também pode ser empregada como meio de justificar políticas públicas de saúde de baixa qualidade, pois quando as necessidades excedem os recursos disponíveis justifica-se o não atendimento das demandas de saúde das populações de baixa renda, o que ocasiona resultados desfavoráveis em suas condições de saúde. Do ponto de vista da ABDH, os serviços e bens sanitários não devem ser acessíveis tão somente para ricos, destinando-se aos pacientes de baixa renda caridade e ações assistencialistas; ao revés, consoante a perspectiva da ABDH, o Estado deve prover ações e serviços de saúde para todos, independentemente de sua classe econômica, etnia, sexo e outros fatores (BERACOCHEA; WEINSTEIN; EVANS, 2011).

Os quatro aspectos centrais ou princípios da ABDH, identificados por Singh (apud TAKET, 2012), sintetizam o conteúdo da abordagem: i. realização dos direitos humanos sem discriminação; ii. aplicação do princípio da *accountability* aos agentes obrigados; iii. reconhecimento da participação no processo decisório; iv. adaptação das ações ao contexto local. Igualmente, a proposta da

Organização Mundial de Saúde (2002) apresenta um quadro objetivo cujo conteúdo reflete os “ingredientes” da ABDH na esfera da saúde pública. Tais ingredientes são divididos em três blocos: i. direito à saúde; gênero; transparência; dignidade humana; e princípios de Siracusa; ii. indicadores e *benchmarks*; salvaguardas; não discriminação e igualdade; *accountability* e desagregação; iii. atenção aos grupos vulneráveis; participação; privacidade; direito à educação; acessibilidade; vinculação expressa com os direitos humanos; obrigações concretas dos Estados.² Tendo em conta que alguns desses elementos do ABDH são autoexplicativos e que não têm relevância para esta pesquisa, busca-se, neste momento, com o escopo de aplicá-los subsequentemente neste artigo, a explicitação de alguns deles, conforme proposições formuladas pela OMS. As salvaguardas seriam medidas de proteção de grupos vulneráveis, incluindo aqueles considerados impopulares por dada sociedade. Já a perspectiva de gênero impõe a consideração de fatores sociais e biológicos que interferem na saúde de homens e mulheres. Em relação à acessibilidade, serviços e ações de saúde devem ser acessíveis para todos, principalmente, para os grupos mais vulneráveis. Quanto à participação, esta implica a integração daqueles que são afetados por programas e políticas na criação de seu desenho e no bojo de seus processos deliberativos. Os princípios da transparência e da *accountability* devem atravessar todas as fases das políticas e programas de saúde. Quanto ao direito à educação, abarca o direito à informação em saúde, essencial para o entendimento das condições de saúde individual, o que permite ao indivíduo realizar escolhas conforme suas concepções de vida, significando respeito à sua dignidade (WHO, 2002).

Neste estudo tem-se como objetivo a análise da aplicação do ABDH à saúde pública, especificamente a políticas e programas de saúde reprodutiva da mulher e à *accountability* do sistema de saúde brasileiro. Considerando tal enfoque, importa sistematizar a ABDH a partir da exposição do marco teórico acima explorado. Sendo assim, a análise de determinada política ou da *accountability* referente a determinado sistema de saúde pode ser balizada com fulcro nos seguintes critérios: i. se a política ou programa de saúde partem da premissa de que a população afetada é titular de direitos humanos, e o Estado e os agentes são obrigados a respeitar, proteger e realizá-los; ii. se existe previsão de meios assecuratórios para a participação da população afetada; iii. se foram estabelecidos instrumentos que permitam a *accountability* relacionada aos responsáveis pela im-

plementação da política ou programa; iv. se houve instituição de medidas de salvaguarda de populações mais vulneráveis no contexto de dada política ou programa; v. se existe garantia do acesso à informação concretizada mediante mecanismos específicos no âmbito da política ou programa. Com base nesses critérios, nos itens subsequentes serão realizadas as análises das atuais políticas de saúde reprodutiva destinada ao enfrentamento da mortalidade materna no Brasil e a efetivação da *accountability* no caso *Alyne Pimentel*.

4. POLÍTICA PÚBLICA DE ENFRENTAMENTO DA MORTALIDADE MATERNA

O COMITÊ estabeleceu, no bojo do Caso *Alyne Pimentel*, que o Estado brasileiro deve assegurar que qualquer mulher, independentemente da raça ou *status* socioeconômico, tenha acesso no tempo adequado a serviços apropriados à saúde materna (MESQUITA; KISMÓDI, 2012). Em resposta à comunicação formulada pelos petionários no Caso *Alyne Pimentel*, o Estado informou que a violação do direito humano da vítima não se deu em decorrência da falta de compromisso com o combate à discriminação contra a mulher, mas sim como consequência de falhas nos serviços de saúde, como um todo. O Estado aduziu que os Comitês de Mortalidade Materna³ elaboram um relatório anual que versa sobre estudos de caso e medidas preventivas implementadas para reduzir a mortalidade materna (COMITÊ, 2011).

O Estado brasileiro reconheceu que a mortalidade materna é um sério problema no Brasil e que a falha no enfrentamento dessas mortes constitui grave violação dos direitos humanos; contudo, sustenta que o Caso em comento é uma exceção causada por negligência profissional e infraestrutura inadequada. Em contrapartida, o COMITÊ entendeu que a contínua alta taxa de mortalidade materna no Brasil constitui uma falência em priorizar os direitos humanos básicos das mulheres, sendo a morte de Alyne Pimentel um exemplo de tal falência. Com efeito, o Estado brasileiro não assegura acesso de qualidade à assistência médica durante o parto e emergência obstétrica a tempo, implicando o não cumprimento do direito a não discriminação, fundamentado na raça e no gênero (COMITÊ, 2011).

Com o fito de demonstrar seu compromisso com os direitos à saúde sexual e reprodutiva, bem como a eleição da saúde da mulher como prioridade do Governo Federal brasileiro, o Estado expôs uma série de medidas adotadas com vistas à realização dos direitos das mulheres, assim como

planos nacionais. Especificamente, o Estado explicou que uma das prioridades do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, referente ao período de 2008-2011, é a promoção da atenção obstétrica, qualificada e humanizada, visando a reduzir a mortalidade materna, especialmente entre as mulheres negras e indígenas (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA; SEPM, 2006). Tal Plano contém 18 ações, previstas até 2011, que deveriam ser efetivadas pelo Ministério da Saúde, todas relativas à saúde materna. Ainda, o Estado brasileiro informou que, já em 2004, o Ministério da Saúde lançou a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, refletindo o compromisso com a implementação de ações de saúde que contribuam para assegurar os direitos humanos das mulheres e reduzam a morbimortalidade por causas evitáveis (COMITÊ, 2011).

Consoante se extrai do documento do COMITÊ, o Estado brasileiro buscou demonstrar que vem desenvolvendo uma série de políticas e programas com foco na saúde da mulher, e, especificamente, na prevenção da mortalidade materna. A despeito desse esforço por parte do Estado, o COMITÊ constatou que há falta de serviços adequados de saúde materna. Da mesma forma, entende que o Estado brasileiro claramente vem falhando no atendimento das necessidades sanitárias femininas, o que constitui violação ao direito à saúde das mulheres. Em decorrência do entendimento do COMITÊ de que o Estado brasileiro, além de ter violado os direitos humanos de *Alyne Pimentel*, não provê serviços adequados de saúde materna, o COMITÊ emitiu uma série de recomendações, as quais são ora repisadas: i. assegurar o direito da mulher à maternidade segura e o acesso à atenção obstétrica de emergência adequada; ii. reduzir a mortalidade materna evitável, mediante a implementação do Pacto Nacional para a Redução da Mortalidade Materna, inclusive estabelecendo comitês de mortalidade materna nos locais onde não existem (COMITÊ, 2011).

Em decorrências das observações e recomendações feitas pelo COMITÊ, ao Estado brasileiro foi concedido o prazo de seis meses para transmitir sua resposta por escrito, a qual deve incluir qualquer informação sobre as medidas adotadas em atendimento às suas observações e recomendações. Transcorrido o prazo de seis meses, o COMITÊ poderá convidar o Estado a apresentar informação adicional sobre as medidas que adotou em cumprimento às citadas observações e recomendações.

Sendo assim, tendo em conta que o Estado brasileiro deve fornecer ao COMITÊ o conjunto de providências relativas às observações e reco-

mendações constantes do Caso *Alyne Pimentel*, pode-se asseverar que uma das políticas públicas que o Estado apresentará como resposta ao seu dever de redução da mortalidade materna evitável e de acesso a uma maternidade segura e a serviços de atenção obstétrica de emergência adequada, consiste na instituição da Rede Cegonha no ano de 2011 pelo Ministério da Saúde. Tal Rede constitui-se numa política pública cuja finalidade é assegurar à mulher o direito ao planejamento reprodutivo e à atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério. A Rede Cegonha apresenta três objetivos: i. estimular a adoção de novo modelo de atenção à saúde da mulher e da criança; ii. organizar a Rede de Atenção à Saúde Materna e Infantil; iii. reduzir a mortalidade materna e infantil (BRASIL, 2011). Sendo assim, verifica-se que a instituição da Rede Cegonha por parte do Ministério da Saúde brasileiro tem como um dos seus escopos o objeto da recomendação feita pelo COMITÊ no Caso *Alyne Pimentel*, qual seja, a redução da mortalidade materna.

A Rede Cegonha organiza-se mediante o provimento contínuo de ações de atenção à saúde materna e infantil para a população de determinado território, por meio da articulação de pontos de atenção à saúde diferenciados, do sistema de apoio, do sistema logístico e da governança da rede de atenção à saúde. A sua implementação é gradativa de acordo com critérios epidemiológicos, tal como a razão de mortalidade materna (BRASIL, 2011).

Em sua estrutura, a Rede Cegonha conta com quatro componentes: pré-natal; parto e nascimento; puerpério e atenção integral à saúde da criança; e sistema logístico: transporte sanitário e regulação. Cada componente abrange uma série de ações de atenção à saúde, especificamente as que interessam a este trabalho são: i. Componente Pré-Natal: realização de pré-natal na Unidade Básica de Saúde; acolhimento às intercorrências na gestação com avaliação e classificação de risco e vulnerabilidade; acesso ao pré-natal de alto risco em tempo oportuno; realização dos exames de pré-natal de risco habitual e de alto risco e acesso aos resultados em tempo oportuno; vinculação da gestante desde o pré-natal ao local em que será realizado o parto; apoio às gestantes nos deslocamentos para as consultas de pré-natal e para o local em que será realizado o parto, os quais serão regulamentados em ato normativo específico; ii. Componente Parto e Nascimento: suficiência de leitos obstétricos e neonatais (UTI, UCI e Canguru), de acordo com as necessidades regionais; garantia de acompanhante durante o acolhimento

e o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato; realização de acolhimento com classificação de risco nos serviços de atenção obstétrica e neonatal (BRASIL, 2011). Verifica-se que a Rede Cegonha tenciona lidar com questões afetas ao Caso *Alyne Pimentel*, tais como o atendimento às intercorrências na gestação e realização de exames de risco habitual e alto risco, cujos resultados devem estar disponíveis em tempo adequado; ademais, destaca-se que o acolhimento do parto deve basear-se em classificação de risco, além de garantir a presença de acompanhamento, bem como leitos obstétricos suficientes.

Nas outras passagens da Portaria instituidora da Rede Cegonha, têm-se as fases de sua operacionalização: adesão e diagnóstico; desenho regional da Rede Cegonha; contratualização dos Pontos de Atenção; qualificação dos componentes; certificação e sua pormenorização. De igual forma, constam dela distintos dispositivos que versam sobre os aportes financeiros da Política.

Tendo em conta o recorte metodológico operado neste artigo, tem-se como escopo a análise da política pública instituída por meio da Rede Cegonha com fulcro no ABDH. Não se tem como objetivo examinar a Rede Cegonha do ponto de vista da saúde pública ou de sua eficácia sanitária para a redução da mortalidade materna. Principia-se, assim, reconhecendo que a Rede Cegonha tem como princípios: o respeito, a proteção e a realização dos direitos humanos; o respeito à diversidade cultural, étnica e racial; a promoção da equidade; o enfoque de gênero, a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e a participação e a mobilização social. Constatam-se, com base no rol principiológico da Rede Cegonha, que o Estado brasileiro buscou construir uma política aproximada do referencial teórico-normativo dos direitos humanos, fazendo alusão expressa a tais direitos e às obrigações estatais correlatas, bem como incorporando princípios, como o princípio da não discriminação, da participação e da igualdade. Nota-se a ausência do princípio da *accountability*, cuja falta é corroborada pela lacuna de instrumentos que assegurem a transparência das ações estatais e mecanismos que promovam e viabilizem a responsabilização efetiva daqueles que detêm atribuição para operacionalizar a Rede Cegonha, notadamente o Ministério da Saúde, a Secretaria Estadual de Saúde e a Secretaria Municipal de Saúde. Não se verificam, na Rede Cegonha, quaisquer mecanismos de *accountability*. Há a previsão da organização da Rede, as fases da sua implementação, e, no que tange ao acompanhamento e monitoramento, há a disposição

genérica acerca da verificação do cumprimento das ações de atenção à saúde definidas para cada Componente da Rede, a qual será realizada anualmente pelo Ministério da Saúde, em conjunto com Conselhos de Secretários de Saúde. Sabe-se que, consoante o próprio título, a Rede Cegonha se afigura como uma rede de cuidados, que se perfazem mediante ações e serviços de saúde, cuja obrigação de prestá-los encontra-se assentada nos instrumentos normativos nacionais e internacionais, portanto, a Rede Cegonha deveria prever mecanismos de *accountability*, principalmente atrelados às ações constantes dos Componentes que a estruturam, tais como: i. adoção de mecanismos de transparência, pelos quais os entes da federação irão demonstrar para a sociedade os resultados alcançados com a política; ii. produção de informação específica, como indicadores desagregados por região, raça/cor, renda, a fim de explicitar os avanços da política, principalmente, entre os grupos mais vulneráveis; iii. instituição de modos da população afetada pela política externar suas falhas, como, por exemplo, a previsão de um *ombudsman* com tal função; iv. disponibilização de remédios não judiciais àqueles cujos direitos que a política busca resguardar foram violados.

A referida Portaria prevê que a Rede Cegonha deve contar com a instituição do Fórum Rede Cegonha, cuja finalidade é a construção de espaços coletivos plurais, heterogêneos e múltiplos para participação cidadã na construção de um novo modelo de atenção ao parto e nascimento, mediante o acompanhamento e contribuição na implementação da Rede Cegonha na Região (BRASIL, 2011). O dispositivo normativo que objetiva a materialização da participação e mobilização social, princípios assentados na Portaria, não faz qualquer referência aos meios efetivos de funcionamento do Fórum, bem como não foca na população afetada pela política. O Fórum deveria ter como público-alvo as mulheres, à medida que, segundo o princípio da participação, os instrumentos estatais de participação devem priorizar o envolvimento dos grupos mais atingidos pelas políticas e programas, assim como de organizações não governamentais singularmente implicadas. Com efeito, o princípio da participação não se cinge ao intitulado “controle social”, o qual aponta para um envolvimento difuso da sociedade. Por outro lado, a participação impõe a incorporação dos afetados nos processos de construção, operacionalização e monitoramento das políticas e programas. Sendo assim, o Fórum, tal como se encontra previsto na norma, além de possuir dificuldades para a sua instituição, não contempla o

princípio da participação, a despeito de revelar-se iniciativa louvável por parte dos formuladores da política em questão.

Não há qualquer preceito na Portaria instituidora da Rede Cegonha que preveja a proteção dos grupos vulneráveis, principalmente de mulheres afrodescendentes ou de baixa renda. Conforme Martins (2006), “o risco de mortalidade materna é maior entre as mulheres negras, o que inclui as pretas e pardas, configurando-se em importante expressão de desigualdade social”. Sendo assim, uma política que pretende enfrentar o problema da mortalidade materna deve, imperiosamente, levar em conta as especificidades de grupos de mulheres vulneráveis, buscando, por meio de mecanismos particulares que tencionem atender às demandas diferenciadas de mulheres de etnias diferentes, de baixa renda ou residentes de certas regiões do país. Com efeito, o princípio da não discriminação impõe aos Estados a adoção de políticas e programas destinados a assegurar o acesso a serviços de saúde reprodutiva e materna, notadamente a emergências obstétricas, mormente por mulheres afrodescendentes e de baixa renda, que dependem tão somente dos serviços públicos.

Por fim, quanto ao direito ao acesso à informação, não se vê no âmbito da Rede Cegonha medidas peculiares destinadas a assegurar às mulheres envolvidas o acesso à informação, notadamente àquelas que envolvem o planejamento familiar, os meios efetivos de exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, e a assistência à concepção e contracepção. O acesso à informação é essencial para que as mulheres possam ter controle sobre suas próprias vidas e realizar suas escolhas pessoais. O referido acesso à informação compreende o direito de solicitar, receber e difundir informações e ideias, assim como o direito dos pacientes de terem seus dados pessoais relativos à saúde tratados com confidencialidade (CDESC, 2000).

Conforme assinalado por Mesquita e Kismödi (2012), a ocorrência da mortalidade materna evitável encontra-se concentrada nos grupos de mulheres marginalizadas e são marcadas pela falta de *accountability*. As recomendações do COMITÊ no sentido de assegurar o direito da mulher à maternidade segura e o acesso à atenção obstétrica de emergência adequada, assim como da redução da mortalidade materna evitável, podem vir a ser adimplidas por meio da implementação da Rede Cegonha e outras políticas públicas de saúde da mulher. Contudo, a despeito de tal avanço, entende-se que a Rede Cegonha deve ser aprimorada para que incorpore, de acordo com a ABDH, princípios e comandos de direitos huma-

nos, a fim de que, efetivamente, seja uma política pública baseada em tais direitos, objetivando respeitá-los, protegê-los e realizá-los. A Rede Cegonha, que apresenta como um dos seus objetivos a redução da mortalidade materna, deveria contemplar, além de todos os mecanismos operacionais que viabilizam sua existência, meios de efetivação dos direitos humanos das mulheres, como sua participação nas fases de operacionalização; ações dos Componentes que abarquem o acesso à informação; instrumentos de *accountability* e medidas específicas para grupos de mulheres vulneráveis.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Caso *Alyne Pimentel* é a primeira denúncia aceita pelo COMITÊ que versa sobre mortalidade materna. A mortalidade materna evitável é uma violação flagrante dos direitos humanos das mulheres, as suas elevadas taxas expõem a falência dos Estados em cumprir suas obrigações de direitos humanos, notadamente a de realizar o direito ao desfrute do mais alto nível de saúde física e mental. Sendo evitável, a mortalidade materna pode ser enfrentada mediante a adoção de políticas e programas sérios e comprometidos, os quais, uma vez operacionalizados devidamente, irão prevenir mortes absolutamente inaceitáveis de mulheres. No Brasil, há dados que indicam que as mulheres afrodescendentes e de baixa renda são as que mais morrem em decorrência de complicações ocorridas durante a gestação ou dentro de período determinado após seu término, pois dependem unicamente dos serviços de saúde materna e reprodutiva providos pelo Estado, os quais muitas vezes não são adequados, como no Caso *Alyne Pimentel*. No caso do Brasil, reconhece-se que a Rede Cegonha é um esforço do Estado brasileiro para reversão do quadro atual de mortalidade materna no país, política que pode ser enquadrada como uma das providências adotadas pelo Estado em resposta às recomendações do COMITÊ. Entretanto, com fundamento na Abordagem Baseada nos Direitos Humanos, conclui-se que o Estado brasileiro ainda tem um largo percurso a ser percorrido, visando à incorporação do referencial de direitos humanos a suas políticas públicas de enfrentamento da mortalidade materna. Como exemplo, a Rede Cegonha não conta com instrumentos de *accountability*, meios efetivos de participação das mulheres, recorte de etnia e renda, bem como não assegura o acesso à informação para as destinatárias da política. Assim, constata-se que a associação entre o enfrentamento da mortalidade materna e o referencial dos direitos humanos ainda não foi acolhida pelos órgãos go-

vernamentais brasileiros, em consequência, sustenta-se que a política pública de saúde, resposta ao Caso *Alyne Pimentel*, não é suficiente para alcançar mudanças estruturais no sistema de saúde público do Brasil, o que pressupõe a inserção do referencial teórico-normativo dos direitos humanos em sua configuração. O Caso *Alyne Pimentel*

é paradigmático, consiste num ponto de inflexão no cenário internacional e nacional, expondo a ferida social, traduzida no baixo grau de comprometimento da cultura sanitária brasileira com os direitos humanos, principalmente dos direitos das mulheres afrodescendentes e pobres.



REFERÊNCIAS

- Brasil. Portaria n. 1.459, de 24 de junho de 2011. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1459_24_06_2011.html. Acesso em: 23 set. 2012.
- Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. (2000). *Observación general n. 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. (Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* Recuperado em 3 de junho, 2012, de <http://www.cetim.ch/es/documents/codesc-2000-4-esp.pdf>.
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women. *Communication n. 17/2011*. Disponível em: <http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/Alyne%20v.%20Brazil%20Decision.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.
- Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde. <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2010/C03b.htm>.
- Human Rights Law Centre. Disponível em: <http://www.hrlc.org.au/court-tribunal/other-un-human-rights-treaty-body/alyne-da-silva-pimentel-teixeira-deceased-v-brazil-Comitê-un-doc-Comitêc49d172008-10-august-2011/>. Acesso em: 21 set. 2012.
- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: Relatório de acompanhamento*.
- International Commission of Jurists. *Legal opinion by the International Commission of Jurists*. Acesso em: 23 de setembro de 2012.
- Martins, Alaerte Leandro. *Mortalidade materna de mulheres negras no Brasil* Disponível em: <http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/Dilemas8Art3.pdf>. Acesso em: 20 set. 2012.
- Mesquita, J.B.; Kismödi, E. Maternal mortality and human rights: landmark decision by United human rights body. *Bull World Organ.* 2012, 90:79-79A.
- Ministério da Saúde. *Manual dos Comitês de Mortalidade Materna*. Ministério da Saúde: Brasília, 2007.
- Nações Unidas do Brasil. <http://www.onu.org.br/recomendacoes-do-comite-Comitê-sobre-os-direitos-das-mulheres-gravidas/>.
- Pan American Health Organization. (2011). *Health situation in the Americas. Basic Indicators*. Disponível em: Acesso em 4 de junho, 2012, de http://ais.paho.org/chi/brochures/2011/BI_2011_ENG.pdf.
- Presidência da República; Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Política Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006.
- World Health Organization. *25 Questions and Answers on Health and Human Rights*. Disponível em: <http://www.who.int/hhr/information/25%20Questions%20and%20Answers%20on%20Health%20and%20Human%20Rights.pdf>. Acesso em: 20 set. 2012.
- World Health Organization. *Human rights and gender equality in health sector strategies: how to assess policy coherence*. Genebra: WHO, 2011.
- Yamim, A E. *Beyond compassion: the central role of accountability in applying a human rights framework to health*. <http://www.hhrjournal.org/index.php/hhr/article/view/78/143>
- _____; Maine, D.E. Maternal Mortality as a Human Rights Issue. In: Gruskin, S. et al. *Perspectives on health and human rights*. New York: Routledge, 2005, pp. 427-467.

NOTAS

1. "A mortalidade materna é uma das mais graves violações dos direitos humanos das mulheres, por ser uma tragédia evitável em 92% dos casos." (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007).
2. Não foi incluído o elemento referente à harmonização entre direitos humanos e interesses de saúde pública por se entender que já estão contemplados nos Princípios de Siracusa.
3. "Os comitês de morte materna são organismos de natureza interinstitucional, multiprofissional e confidencial que visam analisar todos os óbitos maternos e apontar medidas de intervenção para a sua redução na região de abrangência. Representam, também, um importante instrumento de acompanhamento e avaliação permanente das políticas de atenção à saúde da mulher" (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007).

OS INDIVÍDUOS COMO SUJEITOS DO DIREITO INTERNACIONAL¹

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília; Professor Honorário da Universidade de Utrecht; Membro Titular do *Institut de Droit International*, do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional da Haia e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; Presidente Honorário do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

I. INTRODUÇÃO: BREVES PRECISÕES PRELIMINARES

Há muitos anos venho dedicando minhas reflexões ao importante tema da personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. Integra um capítulo fundamental do Direito Internacional, que tem passado por uma evolução considerável nas últimas décadas, a requerer assim uma atenção bem maior e mais cuidadosa do que a que lhe tem sido dispensada até o presente por grande parte da doutrina jurídica, aparentemente ainda apegada a posições dogmático-ideológicas do passado. A consolidação da personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do Direito Internacional constitui, como o tenho afirmado em sucessivos foros nacionais e internacionais, o legado mais precioso do pensamento jurídico do século XX, e que tem logrado novos avanços no século XXI.

Ao retomar a presente temática, buscarei recapitular em resumo os pontos principais de meus trabalhos anteriormente publicados sobre a matéria,² e abordar novos desenvolvimentos, consoante o seguinte plano de exposição: examinarei, de início, a subjetividade internacional do indivíduo no pensamento dos autores clássicos, e, a seguir, a exclusão do indivíduo do ordenamento jurídico internacional pelo positivismo jurídico estatal, assim como o resgate do indivíduo como sujeito do Direito Internacional na doutrina jurídica do século XX, e sua projeção na atualidade.

Ressaltarei, em sequência, a atribuição de deveres ao indivíduo diretamente pelo Direito Internacional, e a necessidade da *legitimatío ad causam* dos indivíduos no Direito Internacional (subjetividade ativa). Passarei, em seguida, ao estudo da capacidade jurídica internacional do indivíduo, concentrando-me nos fundamentos jurídicos do acesso do ser humano aos tribunais

internacionais de direitos humanos, e sua participação direta no procedimento ante estes últimos, com atenção especial à natureza jurídica e ao alcance do direito de petição individual. Por último, abordarei os desenvolvimentos pertinentes recentes e mais notáveis nos sistemas internacionais de proteção da pessoa humana, apresentando enfim minhas reflexões derradeiras sobre a matéria.

Ao longo do presente estudo, referir-me-ei frequentemente aos conceitos de personalidade e capacidade jurídicas no plano internacional. A título de introdução à matéria, podemos, no presente contexto, entender por personalidade a aptidão para ser titular de direitos e deveres, e por capacidade a aptidão para exercê-los por si mesmo (capacidade de exercício). Encontra-se, pois, a capacidade intimamente vinculada à personalidade; no entanto, se por alguma situação ou circunstância um indivíduo não disponha de plena capacidade jurídica (para exercer seus direitos por si próprio), nem por isso deixa de ser sujeito de direito. Com estas precisões preliminares em mente, passo ao exame deste tema recorrente no Direito Internacional, de tanta significação e importância e de perene atualidade.

II. O INDIVÍDUO COMO SUJEITO DO DIREITO DAS GENTES, NO PENSAMENTO DOS AUTORES CLÁSSICOS

Ao considerar a posição dos indivíduos no Direito Internacional, não há que se perder de vista o pensamento dos chamados “fundadores” do direito das gentes. Há que recordar a considerável importância, para o desenvolvimento do tema, sobretudo dos escritos dos teólogos espanhóis assim como da obra grociana. No período inicial de formação do direito internacional era considerável a influência exercida pelos ensinamentos dos grandes mestres, - o que é compreensível, dada

a necessidade de articulação e sistematização da matéria.³ Mesmo em nossos dias, é imprescindível ter presentes tais ensinamentos.

É amplamente reconhecida a contribuição dos teólogos espanhóis Francisco de Vitoria e Francisco Suárez à formação do Direito Internacional. Na visão de Suárez (autor do tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), o direito das gentes revela a unidade e universalidade do gênero humano; os Estados têm necessidade de um sistema jurídico que regule suas relações, como membros da sociedade universal.⁴ Foi, no entanto, o grande mestre de Salamanca, Francisco de Vitoria, quem deu uma contribuição pioneira e decisiva para a noção de prevalência do *Estado de Direito*: foi ele quem sustentou, com rara lucidez, em suas aclamadas *Relecciones Teológicas* (1538-1539), que o ordenamento jurídico obriga a todos - tanto governados como governantes, - e, nesta mesma linha de pensamento, a comunidade internacional (*totus orbis*) prima sobre o arbítrio de cada Estado individual.⁵

Em sua célebre *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), advertiu: - "(...) No que toca ao direito humano, consta que por direito humano positivo o imperador não é senhor do orbe. Isto só teria lugar pela autoridade de uma lei, e nenhuma há que tal poder outorgue(...). Tampouco teve o imperador o domínio do orbe por legítima sucessão, (...) nem por guerra justa, nem por eleição, nem por qualquer outro título legal, como é patente. Logo nunca o imperador foi senhor de todo o mundo.(...)"⁶ Na concepção de Vitoria, o direito das gentes regula uma comunidade internacional constituída de seres humanos organizados socialmente em Estados e coextensiva com a própria humanidade; a reparação das violações de direitos humanos reflete uma necessidade internacional atendida pelo direito das gentes, com os mesmos princípios de justiça aplicando-se tanto aos Estados como aos indivíduos ou povos que os formam.⁷ Decorridos mais de quatro séculos e meio, sua mensagem retém uma notável atualidade.

A concepção do *jus gentium* de Hugo Grotius - cuja obra, sobretudo o *De Jure Belli ac Pacis* (1625), é situada nas origens do Direito Internacional, como veio a ser conhecida a disciplina, - esteve sempre atenta ao papel da sociedade civil. Para Grotius, o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para assegurar o ordenamento social consoante a inteligência humana, de modo a aperfeiçoar a "sociedade comum que abarca toda a humanidade."⁸ Os sujeitos têm direitos *vis-à-vis* o Estado soberano, que não pode exigir obediência

de seus cidadãos de forma absoluta (imperativo do bem comum); assim, na visão de Grotius, a razão de Estado tem limites, e a concepção absoluta desta última torna-se aplicável nas relações tanto internacionais quanto internas do Estado.⁹

No pensamento grociano, toda norma jurídica - seja de direito interno ou de direito das gentes - cria direitos e obrigações para as pessoas a quem se dirigem; a obra precursora de Grotius, já no primeiro meado do século XVII, admite, pois, a possibilidade da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado.¹⁰ Ainda antes de Grotius, Alberico Gentili (autor de *De Jure Belli*, 1598) sustentava, em fins do século XVI, que é o Direito que regula a convivência entre os membros da *societas gentium* universal.¹¹

Há, pois, que ter sempre presente o verdadeiro legado da tradição grociana do Direito Internacional. A comunidade internacional não pode pretender basear-se na *voluntas* de cada Estado individualmente. Ante a necessidade histórica de regular as relações dos Estados emergentes, sustentava Grotius que as relações internacionais estão sujeitas às normas jurídicas, e não à "razão de Estado", a qual é incompatível com a própria existência da comunidade internacional: esta última não pode prescindir do Direito.¹² O ser humano e o seu bem estar ocupam posição central no sistema das relações internacionais.¹³ Nesta linha de pensamento, também Samuel Pufendorf (autor de *De Jure Naturae et Gentium*, 1672) também sustentou "a sujeição do legislador à mais alta lei da natureza humana e da razão."¹⁴ Por sua vez, Christian Wolff (autor de *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749), ponderava que assim como os indivíduos devem, em sua associação no Estado, promover o bem comum, a seu turno o Estado tem o dever correlativo de buscar sua perfeição.¹⁵

Lamentavelmente, as reflexões e a visão dos chamados fundadores do Direito Internacional (notadamente os escritos dos teólogos espanhóis e a obra grociana), que o concebiam como um sistema verdadeiramente *universal*,¹⁶ vieram a ser suplantadas pela emergência do positivismo jurídico, que personificou o Estado dotando-o de "vontade própria", reduzindo os direitos dos seres humanos aos que o Estado a estes "concedia". O consentimento ou a vontade dos Estados (o positivismo voluntarista) tornou-se o critério predominante no direito internacional, negando *jus standi* aos indivíduos, aos seres humanos. Isto dificultou a compreensão da comunidade internacional, e enfraqueceu o próprio Direito Internacional,

reduzindo-o a direito estritamente inter-estatal, não mais *acima* mas *entre* Estados soberanos.¹⁷ As conseqüências desastrosas desta distorção são sobejamente conhecidas.

III. A EXCLUSÃO DO INDIVÍDUO DO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL PELAS DISTORÇÕES DO POSITIVISMO JURÍDICO ESTATAL

A personificação do Estado todo-poderoso, inspirada na filosofia do direito de Hegel, teve uma influência nefasta na evolução do Direito Internacional em fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX. Esta corrente doutrinária resistiu com todas as forças ao ideal de emancipação do ser humano da tutela absoluta do Estado, e ao reconhecimento do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. Contra esta posição reacionária se posicionou, dentre outros, Jean Spiropoulos, em luminosa monografia intitulada *L'individu en Droit international*, publicada em Paris em 1928:¹⁸ a contrário do que se depreendia da doutrina hegeliana, - ponderou o autor, - o Estado não é um ideal supremo submisso tão só a sua própria vontade, não é um fim em si mesmo, mas sim "um meio de realização das aspirações e necessidades vitais dos indivíduos", sendo, pois, necessário proteger o ser humano contra a lesão de seus direitos por seu próprio Estado.¹⁹

No passado, os positivistas se vangloriavam da importância por eles atribuída ao método da *observação* (negligenciado por outras correntes de pensamento), o que contrasta, porém, com sua total incapacidade de apresentar diretrizes, linhas mestras de análise, e sobretudo *princípios* gerais orientadores.²⁰ No plano normativo, o positivismo se mostrou subserviente à ordem legal estabelecida, e convalidou os abusos praticados em nome desta. Mas já em meados do século XX, a doutrina jusinternacionalista mais esclarecida se distanciava definitivamente da formulação hegeliana e neo-hegeliana do Estado como repositório final da liberdade e responsabilidade dos indivíduos que o compunham, e que nele [no Estado] se integravam inteiramente.²¹

A velha polêmica, estéril e ociosa, entre monistas e dualistas, erigida em falsas premissas, não surpreendentemente deixou de contribuir aos esforços doutrinários em prol da emancipação do ser humano *vis-à-vis* seu próprio Estado. Com efeito, o que fizeram tanto os dualistas como os monistas, neste particular, foi "personificar" o Estado como sujeito do Direito Internacional.²²

Os monistas descartaram todo antropomorfismo, afirmando a subjetividade internacional do Estado por uma análise da pessoa jurídica;²³ e os dualistas - a exemplo de H. Triepel e D. Anzilotti - não se contiveram em seus excessos de caracterização dos Estados como sujeitos únicos do Direito Internacional.²⁴

Toda uma corrente doutrinária, - do positivismo tradicional, - formada, além de Triepel e Anzilotti, também por K. Strupp, E. Kaufmann, R. Redslob, dentre outros, passou a sustentar que somente os Estados eram sujeitos do Direito Internacional Público. A mesma postura foi adotada pela antiga doutrina soviética do Direito Internacional, com ênfase na chamada "coexistência pacífica" interestatal.²⁵ Contra esta visão se insurgiu uma corrente oposta, a partir da publicação, em 1901, do livro de Léon Duguit *L'État, le droit objectif et la loi positive*, formada por G. Jèze, H. Krabbe, N. Politis e G. Scelle, dentre outros, sustentando, *a contrario sensu*, que em última análise somente os indivíduos, destinatários de todas normas jurídicas, eram sujeitos do Direito Internacional (cf. *infra*).

A idéia da soberania estatal absoluta, que levou à irresponsabilidade e à pretensa onipotência do Estado, não impedindo as sucessivas atrocidades por este cometidas contra os seres humanos, mostrou-se com o passar do tempo inteiramente descabida. O Estado - hoje se reconhece - é responsável por todos os seus atos - tanto *jure gestionis* como *jure imperii* - assim como por todas suas omissões. Criado pelos próprios seres humanos, por eles composto, para eles existe, para a realização de seu bem comum. Em caso de violação dos direitos humanos, justifica-se assim plenamente o *acesso direto* do indivíduo à jurisdição internacional, para fazer valer tais direitos, inclusive contra o próprio Estado.²⁶

IV. A PERSONALIDADE JURÍDICA DO INDIVÍDUO COMO RESPOSTA A UMA NECESSIDADE DA COMUNIDADE INTERNACIONAL

O indivíduo é, pois, sujeito do direito tanto interno como internacional.²⁷ Para isto tem contribuído, no plano internacional, a considerável evolução nas últimas décadas não só do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como do mesmo modo do Direito Internacional Humanitário. Também este último considera as pessoas protegidas não como simples objeto da regulamentação que estabelecem, mas como verdadeiros

sujeitos do direito internacional. É o que se depreende, e.g., da posição das quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário de 1949, erigida a partir dos direitos das pessoas protegidas (e.g., III Convenção, artigos 14 e 78; IV Convenção, artigo 27); tanto é assim que as quatro Convenções de Genebra proibem claramente aos Estados Partes derrogar - por acordos especiais - as regras nelas enunciadas e em particular restringir os direitos das pessoas protegidas nelas consagrados (I, II e III Convenções, artigo 6; e IV Convenção, artigo 7).²⁸ Na verdade, as primeiras Convenções de Direito Internacional Humanitário (já na passagem do século XIX ao XX) foram pioneiras ao expressar a preocupação internacional pela sorte dos seres humanos nos conflitos armados, reconhecendo o indivíduo como beneficiário direto das obrigações convencionais estatais.²⁹

Com efeito, já há muito vem repercutindo, no *corpus* e aplicação do Direito Internacional Humanitário, o impacto da normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos: as aproximações e convergências dentre estas duas vertentes do Direito, e também a do Direito Internacional dos Refugiados, nos planos tanto normativo como hermenêutico e operacional, têm contribuído a superar as compartimentalizações artificiais do passado, e a aperfeiçoar e fortalecer a proteção internacional da pessoa humana - como *titular* dos direitos que lhe são inerentes - em todas e quaisquer circunstâncias.³⁰ Assim, o próprio Direito Internacional Humanitário gradualmente se desvencilha de uma ótica obsoleta puramente interestatal, passando a dar ênfase crescente - à luz do princípio de humanidade - às pessoas protegidas e à responsabilidade pela violação de seus direitos.

Carecem, definitivamente, de sentido, as tentativas do passado de negar aos indivíduos a condição de sujeitos do Direito Internacional, por não lhe serem reconhecidas algumas das capacidades de que são detentores os Estados (como, e.g., a de celebrar tratados). Tampouco no plano do direito interno, nem todos os indivíduos participam, direta ou indiretamente, no processo legislativo, e nem por isso deixam de ser sujeitos de direito. O movimento internacional em prol dos direitos humanos, desencadeado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, veio a desautorizar estas falsas analogias, e a superar distinções tradicionais (e.g., com base na nacionalidade): são sujeitos de direito "todas as criaturas humanas", como membros da "sociedade universal", sendo "inconcebível" que o Estado venha a negar-lhes esta condição.³¹

Ademais, os indivíduos e as organizações não-governamentais assumem um papel cada vez mais relevante na formação da *opinio juris* internacional. Se, há algumas décadas atrás, era possível abordar o processo de formação das normas do direito internacional geral com atenção voltada tão só às "fontes estatais" e "interestatais" das "formas escritas do direito internacional,"³² em nossos dias não é mais possível deixar de igualmente reconhecer as "fontes não-estatais", decorrentes da atuação da sociedade civil organizada no plano internacional. No plano global, artigo 71 da Carta das Nações Unidas tem servido de base ao *status* consultivo das organizações não-governamentais (ONGs) atuantes no âmbito da ONU, e a recente resolução 1996/31, de 1996, do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) das Nações Unidas, regulamenta com detalhes as relações entre a ONU e as ONGs com *status* consultivo.³³

No plano regional, a Convenção Européia sobre o Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Organizações Não-Governamentais Internacionais (de 24.04.1986), e.g., dispõe sobre os elementos constitutivos das ONGs (artigo 1) e sobre a *ratio legis* de sua personalidade e capacidade jurídicas (artigo 2). Nos últimos anos, os particulares e as ONGs têm participado nos *travaux préparatoires* de determinados tratados internacionais (e.g., a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989³⁴, e a Convenção de Ottawa sobre a Proibição de Minas Anti-Pessoal de 1997³⁵).

A crescente atuação, no plano internacional, das ONGs e outras entidades da sociedade civil tem tido um inevitável impacto na teoria dos sujeitos do Direito Internacional, contribuindo a tornar os indivíduos beneficiários diretos (sem intermediários) das normas internacionais, e sujeitos do Direito Internacional, e a por um fim à anacrônica dimensão puramente interestatal deste último; ademais, sua atuação têm contribuído à prevalência de valores comuns superiores no âmbito do Direito Internacional.³⁶ Os indivíduos, as ONGs e demais entidades da sociedade civil passam, assim, a atuar no processo tanto de formação como de aplicação das normas internacionais³⁷. Em suma, o próprio processo de formação e aplicação das normas do Direito Internacional deixa de ser apanágio dos Estados.

Na verdade, o reconhecimento da personalidade jurídica dos indivíduos veio atender a uma verdadeira *necessidade* da comunidade internacional³⁸, que hoje busca guiar-se por valores comuns superiores. A expansão da personalidade jurídica

internacional atende efetivamente à *necessidade* da comunidade internacional de prover proteção aos seres humanos que desta necessitam. A doutrina mais lúcida e a jurisprudência internacional pertinente sustentam que os próprios sujeitos de direito em um sistema jurídico são dotados de atributos que atendem às necessidades da comunidade internacional.³⁹

Daí que, - como assinalou com perspicácia Paul de Visscher, - enquanto “o conceito de pessoa jurídica é unitário como conceito”, dada a unidade fundamental da pessoa humana que “encontra em si mesma a justificação última de seus próprios direitos”, a capacidade jurídica, por sua vez, revela uma variedade e multiplicidade de alcances⁴⁰. Mas tais variações do alcance da capacidade jurídica, - inclusive suas limitações em relação, e.g., às crianças, aos idosos, às pessoas com faltas de capacidade mental, aos apátridas, dentre outros, - em nada afetam a personalidade jurídica de todos os seres humanos, expressão jurídica da dignidade a eles inerente. Em seu recente Parecer n. 17, de 28.08.2002, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH) assinalou que “em conformidade com a normativa contemporânea do Direito Internacional dos Direitos Humanos, na qual se situa o artigo 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *as crianças são titulares de direitos e não só objeto de proteção.*”⁴¹

Assim, em suma, toda pessoa humana é dotada de personalidade jurídica, a qual impõe limites ao poder estatal. A capacidade jurídica varia em razão da condição jurídica de cada um para realizar determinados atos. No entanto, ainda que varie tal capacidade de exercício, todos os indivíduos são dotados de personalidade jurídica. Os direitos humanos reforçam este atributo universal da pessoa humana, dado que a todos os seres humanos correspondem de igual modo a personalidade jurídica e o amparo do Direito, independentemente de sua condição existencial ou jurídica.

V. O RESGATE DO INDIVÍDUO COMO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL NA DOCTRINA JURÍDICA DO SÉCULO XX

Ao reconhecimento de direitos individuais deve corresponder a capacidade processual de vindicá-los, nos planos tanto nacional como internacional. É mediante a consolidação da plena capacidade processual dos indivíduos que a proteção dos direitos humanos se torna uma realidade.

de.⁴² Mas ainda que, pelas circunstâncias da vida, certos indivíduos (e.g., crianças, enfermos mentais, idosos, dentre outros) não possam exercer plenamente sua capacidade de exercício (e.g., no direito civil), nem por isso deixam de ser titulares de direitos, oponíveis inclusive ao Estado.⁴³ Independentemente das circunstâncias, o indivíduo é sujeito *jure suo* do Direito Internacional, tal como sustenta a doutrina mais lúcida, desde a dos chamados “fundadores” da disciplina.⁴⁴ Os direitos humanos foram concebidos como *inerentes* a todo ser humano, independentemente de quaisquer circunstâncias.

Poder-se-ia argumentar que o mundo contemporâneo é inteiramente distinto do da época dos chamados fundadores do Direito Internacional (*supra*), que propugnaram por uma *civitas maxima* regida pelo direito das gentes. Ainda que se trate de dois cenários mundiais diferentes (ninguém o negaria), a aspiração humana é a mesma, qual seja, a da construção de um ordenamento internacional aplicável tanto aos Estados (e organizações internacionais) quanto aos indivíduos, consoante certos padrões universais de justiça.

Constantemente tem se identificado um “renascimento” contínuo do direito natural, ainda que este último jamais tenha desaparecido. Isto se tem dado ante o conservadorismo e a degeneração do positivismo jurídico, consubstanciando o *status quo*, com sua subserviência típica ao poder (inclusive nos regimes autoritários, ditatoriais e totalitários). Não mais se trata de um retorno ao direito natural clássico, mas sim da afirmação ou restauração de um padrão de justiça, pelo qual se avalia o direito positivo⁴⁵. O “renascimento” contínuo do direito natural reforça a universalidade dos direitos humanos, porquanto inerentes a todos os seres humanos, - em contraposição às normas positivas, que carecem de universalidade, por variarem de um meio social a outro⁴⁶. Daí se depreende a importância da personalidade jurídica do titular de direitos⁴⁷, inclusive como limite às manifestações arbitrárias do poder estatal.

O “eterno retorno” do jusnaturalismo tem sido reconhecido pelos próprios jusinternacionalistas⁴⁸, contribuindo em muito à afirmação e consolidação do primado, na ordem dos valores, das obrigações estatais em matéria de direitos humanos, *vis-à-vis* a comunidade internacional como um todo⁴⁹. Esta última, testemunhando a moralização do próprio Direito, assume a vindicação dos interesses comuns superiores⁵⁰. Os experimentos internacionais que há décadas vêm outorgando capacidade processual internacional

aos indivíduos⁵¹ refletem, com efeito, o reconhecimento de valores comuns superiores consubstanciados no imperativo de proteção do ser humano em quaisquer circunstâncias.

Todo o novo *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos vem de ser construído em torno dos interesses superiores do ser humano, independentemente de seu vínculo de nacionalidade ou de seu estatuto político. Daí a importância que assume, nesse novo direito de proteção, a personalidade jurídica do indivíduo, como sujeito do direito tanto interno como internacional⁵². A aplicação e expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por sua vez, vem a repercutir, não surpreendentemente, e com sensível impacto, nos rumos do Direito Internacional Público contemporâneo⁵³.

Ora, se o Direito Internacional Público contemporâneo reconhece aos indivíduos direitos e deveres (como o comprovam os instrumentos internacionais de direitos humanos), não há como negar-lhes personalidade internacional, sem a qual não poderia dar-se aquele reconhecimento. O próprio Direito Internacional, ao reconhecer direitos inerentes a todo ser humano, desautoriza o arcaico dogma positivista que pretendia autoritariamente reduzir tais direitos aos “concedidos” pelo Estado. O reconhecimento do indivíduo como sujeito tanto do direito interno como do direito internacional, dotado em ambos de plena capacidade processual (cf. *infra*), representa uma verdadeira revolução jurídica, à qual temos o dever de contribuir. Esta revolução vem enfim dar um conteúdo ético às normas tanto do direito público interno como do Direito Internacional.

Com efeito, já nas primeiras décadas do século XX se reconheciam os manifestos inconvenientes da proteção dos indivíduos por intermédio de seus respectivos Estados de nacionalidade, ou seja, pelo exercício da proteção diplomática discricionária, que tornava os Estados “demandantes” a um tempo “juízes e partes”. Começava, em consequência, para superar tais inconvenientes, a germinar a idéia do *acesso direto* dos indivíduos à jurisdição internacional, sob determinadas condições, para fazer valer seus direitos contra os Estados, - tema este que chegou a ser efetivamente considerado pelo *Institut de Droit International* em suas sessões de 1927 e 1929.⁵⁴

Em monografia publicada em 1931, o jurista russo André Mandelstam alertou para a necessidade do reconhecimento de um *mínimo jurídico* - com a primazia do Direito Internacional e dos direitos humanos sobre o ordenamento jurídico

estatal, - abaixo do qual a comunidade internacional não devia permitir que recaísse o Estado.⁵⁵ Em sua visão, a “horrível experiência de nosso tempo” demonstrava a urgência da consagração necessária desse *mínimo jurídico*, para por um fim ao “poder ilimitado” do Estado sobre a vida e a liberdade de seus cidadãos, e à “completa impunidade” do Estado violador dos “direitos mais sagrados do indivíduo.”⁵⁶

Em seu celebrado *Précis du Droit des Gens* (1932-1934), Georges Scelle se investiu contra a ficção da contraposição de uma “sociedade inter-estatal” a uma sociedade de indivíduos (nacional): uma e outra são formadas de indivíduos, sujeitos do direito interno e do direito internacional, sejam eles simples particulares (movidos por interesses privados), ou investidos de funções públicas (governantes e funcionários públicos), encarregados de velar pelos interesses das coletividades nacionais e internacionais⁵⁷. Em uma passagem particularmente significativa de sua obra, Scelle, ao identificar (já no início da década de trinta) “o movimento de extensão da personalidade jurídica dos indivíduos”, ponderou que “le seul fait que des recours super-étatiques sont institués au profit de certains individus, montre que ces individus sont désormais dotés d’une certaine compétence par le Droit international, et que la compétence des gouvernants et agents de cette société internationale est *liée* corrélativement. Les individus sont à la fois sujets de droit des collectivités nationales et de la collectivité internationale globale: ils sont *directement* sujets de droit des gens”⁵⁸.

O fato de serem os Estados compostos de seres humanos individuais - com todas as suas consequências - não passou despercebido de outros autores, que destacaram a importância da atribuição aos indivíduos de recursos (*remedies*) no âmbito dos mecanismos internacionais de proteção de seus direitos⁵⁹. Há os que chegam mesmo a afirmar que “a atribuição da personalidade de direito internacional ao indivíduo” constitui o domínio em que “este ramo do Direito mais progrediu nas últimas décadas”⁶⁰.

Ainda no período do entre-guerras, Albert de La Pradelle ponderou que o *droit des gens* transcende as relações inter-estatais, ao regulá-las para proteger os seres humanos (e permitir que sejam estes mestres de seu próprio destino), e assegurar o cumprimento pelos Estados de seus deveres *vis-à-vis* os indivíduos sob suas respectivas jurisdições.⁶¹ A visão estritamente inter-estatal é particularmente perigosa, devendo-se as atenções centrar-se nos princípios gerais do direito, ema-

nando da consciência jurídica, consoante o pensamento jusnaturalista, conformando um verdadeiro “*droit de l’humanité*”, a assegurar o respeito aos direitos da pessoa humana.⁶²

Também no continente americano, mesmo antes da adoção das Declarações Americana e Universal de Direitos Humanos de 1948, floresceram manifestações doutrinárias em prol da personalidade jurídica internacional dos indivíduos. Dentre as que sustentaram tal personalidade, situa-se, e.g., as obras de Alejandro Álvarez⁶³ e Hildebrando Accioly.⁶⁴ Do mesmo modo se posicionou Levi Carneiro a respeito, ao escrever que “não subsiste obstáculo doutrinário à admissão de pleitos individuais perante a justiça internacional. (...) Ao Direito Internacional o indivíduo interessa cada vez mais”, mesmo porque “o Estado, criado no interesse do indivíduo, a este não se pode sobrepor.”⁶⁵ E Philip Jessup, em 1948, ponderou que a velha acepção da soberania estatal “não é consistente com os princípios da interdependência ou interesse da comunidade e do status do indivíduo como sujeito do direito internacional.”⁶⁶

A seu turno, não hesitou Hersch Lauterpacht, em obra dada a público em 1950, em afirmar que “o indivíduo é o sujeito final de todo direito”, nada havendo de inerente ao direito internacional que o impeça de tornar-se sujeito do *law of nations* e de tornar-se parte em procedimentos perante tribunais internacionais.⁶⁷ O bem comum, nos planos tanto nacional como internacional, está condicionado pelo bem-estar dos seres humanos individuais que compõem a coletividade em questão.⁶⁸ Tal reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos também no plano do Direito Internacional acarreta uma clara rejeição dos velhos dogmas positivistas, desacreditados e insustentáveis, do dualismo de sujeitos nos ordenamentos interno e internacional, e da vontade dos Estados como fonte exclusiva do Direito Internacional.⁶⁹

Em outro estudo perspicaz, publicado também em 1950, Maurice Bourquin ponderou que a crescente preocupação do direito internacional da época com os problemas que afetavam diretamente o ser humano revelava a superação da velha visão exclusivamente inter-estatal da ordem jurídica internacional.⁷⁰ Em livro escrito pouco antes de sua morte, e publicado em 1954, Max Huber, ao constatar a “desvalorização” da pessoa humana e as “degradações” sociais no interior dos Estados, de 1914 até então, sustentou um *jus gentium*, na linha do pensamento jusnaturalista, centrado nos seres humanos e não nos Estados, recordando o ideal dos jusfilósofos da *civitas maxima gentium*.⁷¹ M. Huber tinha em mente a correta

aplicação do Direito Internacional Humanitário. Ainda há pouco, na Corte Internacional de Justiça, no caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado* (Alemanha versus Itália, com intervenção da Grécia, Sentença de 03.02.2012), em meu recente e extenso Voto Dissidente, tive ocasião de resgatar este pensamento doutrinário (pars. 32-40), esquecido em nossos dias, particularmente os escritos de A. de La Pradelle, M. Huber e A. Álvarez, a ressaltar os valores humanos fundamentais.

Por sua vez, em seu curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia, em 1953, Constantin Eustathiades vinculou a subjetividade internacional dos indivíduos à temática da responsabilidade internacional (dos mesmos, a par da dos Estados). Como reação da consciência jurídica universal, o desenvolvimento dos direitos e deveres do indivíduo no plano internacional, e sua capacidade de agir para defender seus direitos, encontram-se vinculados a sua capacidade para o delito internacional; a responsabilidade internacional abarca, assim, em sua visão, tanto a proteção dos direitos humanos como a punição dos criminosos de guerra (formando um todo).⁷²

Dada, pois, a capacidade do indivíduo, tanto para mover uma ação contra um Estado na proteção de seus direitos, como para cometer um delito no plano internacional, não há como negar sua condição de sujeito do Direito Internacional.⁷³ À mesma conclusão chegou Paul Guggenheim, em curso ministrado também na Academia da Haia, um ano antes, em 1952: como o indivíduo é “sujeito de deveres” no plano do Direito Internacional, não há como negar sua personalidade jurídica internacional, reconhecida inclusive pelo próprio direito internacional *consuetudinário*.⁷⁴

Ainda em meados do século XX, nos primeiros anos de aplicação da Convenção Européia de Direitos Humanos, Giuseppe Sperduti escrevia que os particulares haviam se tornado “titulares de interesses internacionais legítimos”, porquanto já se iniciara, no Direito Internacional, um processo de emancipação dos indivíduos da “tutela exclusiva dos agentes estatais.”⁷⁵ A própria experiência jurídica da época contradizia categoricamente a teoria infundada de que os indivíduos eram simples *objetos* do ordenamento jurídico internacional, e destruía outros preconceitos do positivismo estatal.⁷⁶ Na doutrina jurídica de então se tornava patente o reconhecimento da expansão da proteção dos indivíduos no ordenamento jurídico internacional.⁷⁷

Em um artigo publicado em 1967, René Cassin, que participara do processo preparatório da

elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948,⁷⁸ acentuou com eloquência que o avanço representado pelo acesso dos indivíduos a instâncias internacionais de proteção, assegurado por muitos tratados de direitos humanos: - "(...) Se ainda subsistem na terra grandes zonas onde milhões de homens ou mulheres, resignados a seu destino, não ousam proferir a menor reclamação ou nem sequer a conceber que um recurso qualquer seja possível, estos territórios diminuem a cada dia. A tomada de consciência de que uma emancipação é possível torna-se cada vez mais geral. (...) A primeira condição de toda justiça, qual seja, a possibilidade de encurralar os poderosos para sujeitar-se a (...) um controle público, se satisfaz hoje em dia muito mais frequentemente que no passado. (...) O fato de que a resignação sem esperança, de que o muro do silêncio e de que a ausência de todo recurso estejam em vias de redução ou de desaparecimento, abre à humanidade em marcha perspectivas alentadoras (...)."⁷⁹

Na articulação de Paul Reuter, a partir do momento em que se satisfazem duas condições básicas, os particulares se tornam sujeitos do Direito Internacional; estas condições são, primeiramente, "ser titulares de direitos e obrigações estabelecidos diretamente pelo Direito Internacional", e, em segundo lugar, "ser titulares de direitos e obrigações sancionados diretamente pelo Direito Internacional."⁸⁰ Para o jurista francês, a partir do momento em que o indivíduo dispõe de um recurso a um órgão de proteção internacional (acesso à jurisdição internacional) e pode, assim, dar início ao procedimento de proteção, torna-se sujeito do Direito Internacional.⁸¹ Na mesma linha de pensamento, "a verdadeira pedra de toque da personalidade jurídica internacional do indivíduo", no dizer de Eduardo Jiménez de Aréchaga, reside na atribuição de direitos e dos meios de ação para assegurá-los. A partir do momento em que isto ocorre, como efetivamente ocorreu no plano internacional, - agregou o jurista uruguaio, - fica evidenciado que "nada há de inerente à estrutura do ordenamento jurídico internacional" que impeça o reconhecimento aos indivíduos de direitos que emanam diretamente do Direito Internacional, assim como de recursos internacionais para a proteção desses direitos.⁸²

Em estudo publicado em 1983, J. Barberis ponderou que, para que os indivíduos sejam sujeitos de direito, mister se faz que o ordenamento jurídico em questão lhes atribua direitos ou obrigações (como é o caso do direito internacional); os sujeitos de direito são, assim, heterogêneos,

- acrescentou, - e os teóricos que só vislumbravam os Estados como tais sujeitos simplesmente distorciam a realidade, deixando de tomar em conta as transformações por que tem passado a comunidade internacional, ao vir a admitir esta última que atores não-estatais também possuem personalidade jurídica internacional⁸³. Com efeito, estudos sucessivos sobre os instrumentos internacionais de proteção e as condições de admissibilidade das petições individuais no plano internacional passaram a enfatizar precisamente a importância histórica do reconhecimento da personalidade jurídica internacional dos indivíduos como parte demandante.⁸⁴

VI. A ATRIBUIÇÃO DE DEVERES AO INDIVÍDUO DIRETAMENTE PELO DIREITO INTERNACIONAL

Como já assinalado, à doutrina jurídica do século XX não passou despercebido que os indivíduos, ademais de titulares de direitos no plano internacional, também têm deveres que lhe são atribuídos diretamente pelo próprio Direito Internacional.⁸⁵ E, - o que é mais significativo, - a violação grave desses deveres, configurada nos crimes contra a humanidade, acarreta a responsabilidade penal individual *internacional, independentemente* do que dispõe a respeito o direito *interno*.⁸⁶ Os desenvolvimentos contemporâneos no direito penal internacional têm, efetivamente, incidência direta na cristalização tanto do princípio da jurisdição universal como do princípio da responsabilidade penal internacional individual, componente da personalidade jurídica internacional do indivíduo (este último como sujeito tanto ativo como passivo do Direito Internacional, titular de direitos assim como portador de deveres emanados diretamente do *direito das gentes*).

Recorde-se que as decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas de estabelecer os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia⁸⁷ (1993) e para Ruanda⁸⁸ (1994), somadas à iniciativa das Nações Unidas de criação do Tribunal Penal Internacional permanente, para julgar os responsáveis por violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário, deram um novo ímpeto à luta da comunidade internacional contra a impunidade, - como violação *per se* dos direitos humanos,⁸⁹ - além de reafirmarem o princípio da responsabilidade penal internacional do indivíduo⁹⁰ por tais violações, e buscarem assim prevenir crimes futuros.⁹¹

O processo de *criminalização* das violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário⁹² tem, com efeito, acompanhado *pari passu* a evolução do próprio Direito Internacional contemporâneo: o estabelecimento de uma jurisdição penal internacional é visto em nossos dias como um elemento que fortalece o próprio Direito Internacional, superando uma carência básica e suas insuficiências do passado quanto à incapacidade de punir criminosos de guerra.⁹³ Os *travaux préparatoires*⁹⁴ do Estatuto do Tribunal Penal Internacional permanente, adotado na Conferência de Roma de 1998, como era de se esperar, a par da responsabilidade do Estado, contribuíram ao pronto reconhecimento, no âmbito de aplicação do Estatuto, da responsabilidade penal internacional individual, - o que representa um grande avanço doutrinário na luta contra a impunidade pelos mais graves crimes internacionais⁹⁵. Este avanço, em nossos dias, se deve à intensificação do clamor de toda a humanidade contra as atrocidades que têm vitimado milhões de seres humanos em todas as partes, - atrocidades estas que não mais podem ser toleradas e que devem ser combatidas com determinação.⁹⁶

Cabe chamar a atenção para os valores universais superiores, e subjacentes a toda a temática da criação de uma jurisdição penal internacional em base permanente. A cristalização da responsabilidade penal internacional dos indivíduos (a par da responsabilidade do Estado), e o processo da criminalização das violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário⁹⁷, constituem elementos de crucial importância ao combate à impunidade,⁹⁸ e ao tratamento a ser dispensado a violações passadas, na proteção dos direitos humanos.

Em uma intervenção nos debates de 12.03.1986 da Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, me permiti advertir para a manifesta incompatibilidade com o conceito de *jus cogens*⁹⁹ da concepção voluntarista do Direito Internacional.¹⁰⁰ À responsabilidade internacional *objetiva* dos Estados corresponde necessariamente a noção de *ilegalidade objetiva* (um dos elementos subjacentes ao conceito de *jus cogens*). Em nossos dias, ninguém ousaria negar a ilegalidade objetiva de práticas sistemáticas de tortura, de execuções sumárias e extralegais, e de desaparecimento forçado de pessoas, - práticas estas que representam crimes contra a humanidade, - condenadas pela consciência jurídica universal,¹⁰¹ a par da aplicação de tratados.

Ninguém ousaria tampouco negar que os atos de genocídio, o trabalho escravo, as práticas da tortura e dos desaparecimentos forçados de pessoas, as execuções sumárias e extralegais, e a denegação persistente das mais elementares garantias do devido processo legal, afrontam a consciência jurídica universal, e efetivamente colidem com as normas peremptórias do *jus cogens*. Toda esta evolução doutrinária aponta na direção da consagração de obrigações *erga omnes* de proteção,¹⁰² ou seja, obrigações atinentes à proteção dos seres humanos devidas à comunidade internacional como um todo.¹⁰³ A consolidação das obrigações *erga omnes* de proteção, em meio à incidência das normas de *jus cogens*, é imprescindível aos avanços na luta contra o poder arbitrário e no fortalecimento da proteção do ser humano contra os atos de barbárie e as atrocidades contemporâneas.¹⁰⁴

VII. A CAPACIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO

A par da construção de sua personalidade jurídica internacional, o acesso dos indivíduos aos tribunais internacionais contemporâneos para a proteção de seus direitos revela uma *renovação* do direito internacional - no sentido de sua já assinada *humanização*,¹⁰⁵ - abrindo uma grande brecha na doutrina tradicional do domínio reservado dos Estados¹⁰⁶ (ou competência nacional exclusiva), definitivamente ultrapassada: o indivíduo é elevado a sujeito do Direito Internacional¹⁰⁷, dotado de capacidade processual. Perante os tribunais internacionais, o ser humano se defronta consigo mesmo, para proteger-se da arbitrariedade estatal, sendo protegido pelas regras do direito internacional¹⁰⁸. Em última análise, todo o Direito existe para o ser humano, e o direito das gentes não faz exceção a isto, garantindo ao indivíduo seus direitos e o respeito de sua personalidade.¹⁰⁹

A questão da capacidade processual dos indivíduos perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ), e sua predecessora a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), foi efetivamente considerada por ocasião da redação original, por um Comitê de Juristas designado pela antiga Liga das Nações, do Estatuto da Corte da Haia, em 1920. Dos dez membros do referido Comitê de Juristas, apenas dois - Loder e De Lapradelle - se pronunciaram a favor de que os indivíduos pudessem comparecer como partes perante a Corte (*jus standi*) em casos contenciosos contra Estados (estrangeiros). A maioria do Comitê, no entanto, se opôs firmemente a esta proposição: quatro membros¹¹⁰

objetaram que os indivíduos não eram sujeitos do Direito Internacional (não podendo, pois, a seu ver, ser partes perante a Corte) e que somente os Estados eram pessoas jurídicas no ordenamento internacional, - no que foram acompanhados pelos demais membros.¹¹¹

A posição que prevaleceu em 1920 - que surpreendente e lamentavelmente tem sido mantida no artigo 34(1) do Estatuto da Corte da Haia até o presente - foi pronta e duramente criticada na doutrina mais lúcida da época (já na própria década de vinte). Assim, em sua memorável monografia *Les nouvelles tendances du Droit international* (1927), Nicolas Politis ponderou que os Estados não passam de ficções, compostos que são de indivíduos, e que o verdadeiro fim de todo o Direito é o ser humano, e nada mais que o ser humano¹¹²: trata-se de algo “tão evidente”, acrescentou, que “seria inútil insistir nisto se as brumas da soberania não tivessem obscurecido as verdades mais elementares.”¹¹³ E prosseguiu Politis em defesa da outorga do recurso direto aos indivíduos às instâncias internacionais para fazer valer seus “interesses legítimos”, o que apresentaria a vantagem, por exemplo, de despolitizar o procedimento clássico, o do contencioso interestatal (a proteção diplomática discricionária).¹¹⁴ E, enfim, adiantou um prognóstico, no sentido de que a ação direta dos indivíduos no plano internacional logrará realizar-se, mais cedo ou mais tarde, porque “responde a uma verdadeira necessidade da vida internacional.”¹¹⁵

Outra crítica à solução adotada a respeito pelo Estatuto da Corte da Haia (artigo 34(1), cf. *supra*) foi formulada por Spiropoulos, também nos anos vinte, para quem não havia qualquer impedimento a que o direito internacional convencional assegurasse aos indivíduos uma ação direta no plano internacional (havendo inclusive precedentes neste sentido no período do entre-guerras); se isto não ocorresse e se se limitasse às ações judiciais no plano do direito interno, não raro o Estado se tornaria “juiz e parte” ao mesmo tempo, o que seria uma incongruência.¹¹⁶ Para o autor, o ordenamento jurídico internacional pode formular normas visando diretamente os indivíduos (como exemplificado pelos tratados de paz do período do entre-guerras), alçando-o desse modo à condição de sujeito do direito internacional, na medida em que se estabelece uma relação direta entre o indivíduo e o ordenamento jurídico internacional, que o torna “diretamente titular de direitos ou de obrigações”; não há, pois, como deixar de admitir a personalidade jurídica internacional do indivíduo.¹¹⁷

A gradual emancipação do indivíduo da tutela do Estado todo-poderoso, antecipou Spiropou-

los em 1928, não é mais que uma “questão de tempo”, por “impor-se como consequência necessária da evolução da organização internacional” dos novos tempos¹¹⁸. O indivíduo deve, assim, ser capaz de defender *ele próprio* seus direitos no plano internacional, “independentemente de toda tutela de seu Estado”, e “mesmo contra seu próprio Estado”¹¹⁹. Sem a outorga aos indivíduos de ação direta no plano internacional, - prosseguiu, - seus direitos continuarão “sem proteção suficiente”; somente com tal ação direta ante uma instância internacional, - acrescentou, - se logrará uma proteção *eficaz* dos direitos humanos, em conformidade com “o espírito da nova ordem internacional”¹. Há que estabelecer “certos limites” à autoridade do Estado, - concluiu, - o qual não é um fim em si mesmo, mas antes um meio para a “satisfação das necessidades humanas.”¹²⁰

O caráter exclusivamente inter-estatal do contencioso ante a CIJ definitivamente não se tem mostrado satisfatório. Ao menos em alguns casos, relativamente à condição de indivíduos, a presença destes últimos (ou de seus representantes legais), para apresentar, eles próprios, suas posições, teria enriquecido o procedimento e facilitado o trabalho da Corte. Recordem-se, como exemplos a esse respeito, o caso clássico *Nottebohm* sobre dupla nacionalidade (Liechtenstein *versus* Guatemala, 1955), e o caso relativo à *Aplicação da Convenção de 1902 sobre a Guarda de Menores* (Holanda *versus* Suécia, 1958), e, mais recentemente, os casos do *Julgamento dos Prisioneiros de Guerra Paquistaneses* (Paquistão *versus* Índia, 1973), dos *Reféns* (*Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos*) em *Teerã* (Estados Unidos *versus* Irã, 1980), do *Timor-Leste* (Portugal *versus* Austrália, 1995), da *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Bósnia-Herzegovina *versus* Iugoslávia, 1996), ou ainda os casos *Breard* (Paraguai *versus* Estados Unidos, 1998), *LaGrand* (Alemanha *versus* Estados Unidos, 2001), e *Avena* (México *versus* Estados Unidos, 2004).

Casos do gênero, atinentes sobretudo à situação concreta dos seres humanos afetados, têm se intensificado nos últimos anos perante a CIJ. Recorde-se, e.g., que, no caso das *Atividades Armadas no Território do Congo* (R.D. Congo *versus* Uganda, 2007) a CIJ se confrontou com violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário; do mesmo modo, no caso da *Frenteira Terrestre e Marítima entre Camarões e Nigéria* (1996), viu-se a CIJ diante de vítimas de conflitos armados. Exemplos mais recentes em que as preocupações da CIJ têm se estendido bem além da dimensão inter-estatal encontram-se nos casos

recentes das *Questões Relativas à Obrigação de Julgar ou Extraditar* (Bélgica versus Senegal, 2009 e 2012) atinente ao princípio da jurisdição universal sob a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, o caso de *A.S. Diallo* (Guiné versus R.D. Congo, 2010 e 2012) sobre detenção e expulsão de estrangeiro, o caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado* (Alemanha versus Itália, com intervenção da Grécia, 2010-2012), o caso da *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (Geórgia versus Federação Russa, 2011), o caso do *Templo de Préah Vihear* (medidas provisórias de proteção, Camboja versus Tailândia, 2011).

Encontram-se, ademais, em seus dois Pareceres mais recentes, a saber, o Parecer Consultivo sobre a *Declaração de Independência do Kosovo* (2010), e o Parecer Consultivo sobre a *Revisão de Sentença do Tribunal Administrativo da OIT, por Reclamação do FIDA* (2012). Em todos estes casos e pareceres recentes, não há como deixar de reconhecer que o elemento predominante é precisamente a situação concreta de seres humanos, e não meras questões abstratas de interesse exclusivo dos Estados litigantes em suas relações *inter se*. A artificialidade do caráter exclusivamente inter-estatal do contencioso ante a CIJ¹²² é, pois, claramente revelada pela própria natureza de determinados casos submetidos a sua consideração.

A solução adotada pelo Estatuto da antiga CPJI, e fossilizada com o passar do tempo no Estatuto da CIJ até a atualidade, é ainda mais criticável, se considerarmos que, já na primeira metade do século XX, houve experimentos de direito internacional que efetivamente outorgaram capacidade processual internacional aos indivíduos. Exemplificam-no o sistema de navegação do rio Reno, o Projeto de uma Corte Internacional de Presas (1907), a Corte Centro-Americana de Justiça (1907-1917), assim como, na era da Liga das Nações, os sistemas das minorias (inclusive a Alta Silésia) e dos territórios sob mandato, os sistemas de petições das Ilhas Aaland e do Sarre e de Danzig, além da prática dos tribunais arbitrais mistos e das comissões mistas de reclamações, da mesma época.¹²³

Esta evolução se desencadeou na era das Nações Unidas, com a adoção do sistema de petições individuais sob alguns dos tratados contemporâneos de direitos humanos de caráter universal¹²⁴, e sobretudo no plano regional, sob as Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos, que estabeleceram tribunais internacionais (as Cortes Européia e Interamericana [CtEDH e CtIADH],

respectivamente) de direitos humanos¹²⁵. O direito de petição individual, mediante o qual é assegurado ao indivíduo o acesso direto à justiça em nível internacional, é uma conquista definitiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹²⁶

Com efeito, é da própria essência da proteção internacional dos direitos humanos a contraposição entre os indivíduos demandantes e os Estados demandados em casos de supostas violações dos direitos protegidos¹²⁷. Três séculos de um ordenamento internacional cristalizado, a partir dos tratados de paz de Westphalia (1648), com base na coordenação de Estados-nações independentes, na justaposição de soberanias absolutas, levaram à exclusão daquele ordenamento dos indivíduos como sujeitos de direitos¹²⁸. Três séculos de um ordenamento internacional marcado pelo domínio soberanias estatais e pela exclusão dos indivíduos foram incapazes de evitar as violações maciças dos direitos humanos, perpetradas em todas as regiões do mundo, e as sucessivas atrocidades de nosso século, inclusive as contemporâneas.¹²⁹

Tais atrocidades despertaram a consciência jurídica universal para a necessidade de reconceituar as próprias bases do ordenamento internacional, restituindo ao ser humano a posição central de onde havia sido alijado. Esta reconstrução, sobre bases humanas, tomou por fundamento conceitual os cânones inteiramente distintos da realização de valores comuns superiores, da titularidade de direitos do próprio ser humano, da garantia coletiva de sua realização, e do caráter objetivo das obrigações de proteção.¹³⁰ A ordem internacional das soberanias cedia terreno à da solidariedade (cf. *supra*).

Esta profunda transformação do ordenamento internacional, desencadeada a partir das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos de 1948, não se tem dado sem dificuldades, precisamente por requerer uma nova mentalidade. Passou, ademais, por etapas, algumas das quais já não mais suficientemente estudadas em nossos dias, inclusive no tocante à consagração do direito de petição individual. Já nos primórdios do exercício deste direito se enfatizou que, ainda que motivado pela busca da reparação individual, o direito de petição contribuiu também para assegurar o respeito pelas obrigações de caráter objetivo que vinculam os Estados Partes.¹³¹ Em vários casos o exercício do direito de petição tem ido mais além, ocasionando mudanças no ordenamento jurídico interno e na prática dos órgãos públicos do Estado.¹³² A significação do direito de petição individual só pode ser apropriadamente avaliada em perspectiva histórica.

Esta transformação, própria de nosso tempo, corresponde ao reconhecimento da necessidade de que todos os Estados, para evitar novas violações dos direitos humanos, respondam pela maneira como tratam todos os seres humanos que se encontram sob sua jurisdição. Esta prestação de contas simplesmente não teria sido possível sem a consagração do direito de petição individual, em meio ao reconhecimento do caráter objetivo das obrigações de proteção e à aceitação da garantia coletiva de cumprimento das mesmas: é este o sentido real do *resgate histórico* do indivíduo como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos (cf. *supra*).

A apreciação do direito de petição individual como método de implementação internacional dos direitos humanos tem necessariamente que levar em conta o aspecto central da *legitimatío ad causam* dos peticionários e das condições do uso e da admissibilidade das petições (consignadas nos distintos instrumentos de direitos humanos que as prevêm)¹³³. Tem sido particularmente sob a Convenção Europeia de Direitos Humanos que uma vasta jurisprudência sobre o direito de petição individual tem se desenvolvido, reconhecendo a este último *autonomia*, distinto que é dos direitos substantivos enumerados no título I da Convenção Européia.

Qualquer obstáculo interposto pelo Estado Parte em questão a seu livre exercício acarretaria, assim, uma violação *adicional* da Convenção, paralelamente a outras violações que se comprovem dos direitos substantivos nesta consagrados. Reforçando este ponto, tanto a antiga Comissão como a Corte Européias de Direitos Humanos esposaram o entendimento no sentido de que o próprio conceito de vítima (à luz do artigo 25 [original] da Convenção) deve ser interpretado *autonomamente* sob a Convenção Européia. Este entendimento encontra-se hoje solidamente respaldado pela *jurisprudence constante* sob a Convenção. Assim, em várias decisões, a [então] Comissão Européia advertiu consistente e invariavelmente que o conceito de "vítima" utilizado no artigo 25 [original] da Convenção deve ser interpretado *de forma autônoma e independentemente de conceitos de direito interno*, tais como os de interesse ou qualidade para interpor uma ação judicial ou participar em um processo legal¹³⁴. A CtEDH, por sua vez, no caso *Norris versus Irlanda* (1988), ponderou que as condições que regem as petições individuais sob o artigo 25 da Convenção "não coincidem necessariamente com os critérios nacionais relativos ao *locus standi*", que podem inclusive servir a propósitos distintos dos con-

templados no mencionado artigo 25.¹³⁵ Resulta, pois, claríssima a autonomia do direito de petição individual no plano internacional *vis-à-vis* disposições do direito interno¹³⁶. Os elementos singularizados nesta jurisprudência protetora aplicam-se igualmente sob procedimentos de outros tratados de direitos humanos que requerem a condição de "vítima" para o exercício do direito de petição individual.¹³⁷

No sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o direito de petição individual tem se constituído em um meio eficaz de enfrentar casos não só individuais como também de violações maciças e sistemáticas dos direitos humanos¹³⁸. Sua importância tem sido fundamental, e não poderia jamais ser minimizada. A consagração do direito de petição individual sob o artigo 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos revestiu-se de significação especial. Não só foi sua importância, para o mecanismo da Convenção como um todo, devidamente enfatizada nos *travaux préparatoires* daquela disposição da Convenção¹³⁹, como também representou um avanço em relação ao que, até a adoção da Convenção em 1969, se havia logrado a respeito, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A outra Convenção regional então em vigor, a Convenção Européia, só aceitara o direito de petição individual originalmente consubstanciado em uma cláusula facultativa (o artigo 25 da Convenção), condicionando a *legitimatío ad causam* à demonstração da condição de *vítima* pelo demandante individual, - o que, a seu turno, propiciou um notável desenvolvimento jurisprudencial da noção de "vítima" sob a Convenção Européia. A Convenção Americana, distintamente, tornou o direito de petição individual (artigo 44 da Convenção) mandatório, de aceitação automática pelos Estados ratificantes, abrindo-o a "qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização" dos Estados Americanos (OEA), - o que revela a importância capital atribuída ao mesmo.¹⁴⁰

Foi este, reconhecidamente, um dos grandes avanços logrados pela Convenção Americana, nos planos tanto conceitual e normativo, assim como operacional.¹⁴¹ A matéria encontra-se analisada detalhadamente em meu Voto Concordante no caso *Castillo Petruzzi versus Peru* (Exceções Preliminares, 1998)¹. Há que ter sempre presente a *autonomia* do direito de petição individual *vis-à-vis* o direito interno dos Estados. Sua relevância não pode ser minimizada, porquanto pode ocorrer que, em um determinado ordenamento jurídi-

co interno, um indivíduo se veja impossibilitado, pelas circunstâncias de uma situação jurídica, a tomar providências judiciais por si próprio. Nem por isso estará ele privado de fazê-lo no exercício do direito de petição individual sob a Convenção Americana, ou outro tratado de direitos humanos.

Mas a Convenção Americana vai mais além: a *legitimatío ad causam*, que estende a todo e qualquer peticionário, pode prescindir até mesmo de alguma manifestação por parte da própria vítima. O direito de petição individual, assim amplamente concebido, tem como efeito imediato ampliar o alcance da proteção, mormente em casos em que as vítimas (e.g., detidos incomunicados, desaparecidos, entre outras situações) se vêem impossibilitadas de agir por conta própria, e necessitam da iniciativa de um terceiro como peticionário em sua defesa.

A desnacionalização da proteção e dos requisitos da ação internacional de salvaguarda dos direitos humanos, além de ampliar sensivelmente o círculo de pessoas protegidas, possibilitou aos indivíduos exercer direitos emanados diretamente do direito internacional (*direito das gentes*), implementados à luz da noção supracitada de garantia coletiva, e não mais simplesmente “concedidos” pelo Estado. Com o acesso dos indivíduos à justiça em nível internacional, por meio do exercício do direito de petição individual, deu-se enfim expressão concreta ao reconhecimento de que os direitos humanos a ser protegidos são inerentes à pessoa humana e não derivam do Estado. Por conseguinte, a ação em sua proteção não se esgota - não pode se esgotar - na ação do Estado.

Cada um dos procedimentos que regulam o direito de petição individual sob tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos, apesar de diferenças em sua natureza jurídica, tem contribuído, a seu modo, ao gradual fortalecimento da capacidade processual do demandante no plano internacional.¹⁴³ Com efeito, de todos os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, o direito de petição individual é, efetivamente, o mais dinâmico, ao inclusive atribuir a iniciativa de ação ao próprio indivíduo (a parte ostensivamente mais fraca *vis-à-vis* o poder público), distintamente do exercício *ex officio* de outros métodos (como os de relatórios e investigações) por parte dos órgãos de supervisão internacional. É o que melhor reflete a especificidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em comparação com outras soluções próprias do Direito Internacional Público.¹⁴⁴

O complemento indispensável e inelutável do direito de petição individual internacional reside na intangibilidade da jurisdição dos tribunais internacionais de direitos humanos.¹⁴⁵ Nas duas históricas sentenças sobre competência de 24.09.1999, nos casos do *Tribunal Constitucional* e de *Ivcher Bronstein versus Peru*, a CtIADH advertiu corretamente que sua competência em matéria contenciosa não podia estar condicionada por atos distintos de suas próprias atuações. Acrescentou que, ao reconhecer sua competência contenciosa, um Estado aceita a prerrogativa da Corte de decidir sobre toda questão que afete sua competência, não podendo depois pretender retirar-se dela subitamente, o que minaria todo o mecanismo internacional de proteção. A pretendida “retirada” unilateral do Estado demandado com “efeito imediato” não tinha qualquer fundamento jurídico, nem na Convenção Americana, nem no direito dos tratados, nem no direito internacional geral. Não podia um tratado de direitos humanos como a Convenção Americana estar à mercê de limitações não previstas por ela, impostas subitamente por um Estado Parte por razões de ordem interna. Tal pretensão, - como o determinou a CtIADH, - era, pois, inadmissível.

Com sua importante decisão nos referidos casos, a CtIADH salvaguardou a integridade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, como todos os tratados de direitos humanos, baseia-se na *garantia coletiva* na operação do mecanismo internacional de proteção. Posteriormente, a CtIADH voltou a preservar a integridade do mecanismo de proteção da Convenção Americana em suas Sentenças sobre exceções preliminares, de 01.09.2001, nos casos *Hilaire, Benjamin e Constantine versus Trinidad e Tobago*; nestes últimos casos, a CtIADH rejeitou a pretensão do Estado demandado de interpor uma restrição, não prevista no artigo 62 da Convenção Americana (e que subordinaria esta à Constituição nacional), à aceitação de sua competência em matéria contenciosa. Com isto, a CtIADH afirmou o primado da normativa internacional de proteção do ser humano.

Dada a importância da questão da capacidade processual dos indivíduos sob estas duas Convenções regionais, cabe ter em mente estes desenvolvimentos em perspectiva histórica, de fundamental importância ao estudo do próprio acesso do indivíduo à justiça no plano internacional¹⁴⁶. Como já assinalado, a própria evolução normativo-institucional dos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos huma-

nos cuidou de acentuar a necessidade, funcional e ética, de dar expressão concreta à titularidade dos direitos inerentes ao ser humano e a sua capacidade jurídico-processual para vindicá-los (cf. *supra*). Esta evolução tem-se mostrado conforme à concepção segundo a qual todo o Direito existe para o ser humano, e o direito das gentes não faz exceção a isto, garantindo ao indivíduo os direitos que lhe são inerentes, ou seja, o respeito de sua personalidade jurídica e a intangibilidade de sua capacidade jurídica no plano internacional.

VIII.O DIREITO SUBJETIVO, OS DIREITOS HUMANOS E A NOVA DIMENSÃO DA TITULARIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL DO SER HUMANO

A titularidade jurídica internacional do ser humano, tal como a anteviam os chamados fundadores do direito internacional (o direito *das gentes*), é hoje uma realidade. Ademais, a subjetividade (ativa) internacional dos indivíduos atende a uma verdadeira necessidade de sua *legitimatío ad causam*, para fazer valer seus direitos, emanados diretamente do Direito Internacional. No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, nos sistemas europeu e interamericano de proteção - dotados de tribunais internacionais em operação - se reconhece hoje, a par da personalidade jurídica, também a capacidade processual internacional (*locus standi in judicio*) dos indivíduos. É este um desenvolvimento lógico, porquanto não se afigura razoável conceber direitos no plano internacional sem a correspondente capacidade processual de vindicá-los; os indivíduos são efetivamente a verdadeira parte demandante no contencioso internacional dos direitos humanos. Sobre o direito de petição individual se ergue o mecanismo jurídico da emancipação do ser humano *vis-à-vis* o próprio Estado para a proteção de seus direitos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos,¹⁴⁷ - emancipação esta que constitui, em nossos dias, uma verdadeira revolução jurídica, a qual vem enfim dar um conteúdo ético às normas tanto do direito público interno como do Direito Internacional.

Na base de todo esse notável desenvolvimento, encontra-se o princípio do *respeito à dignidade da pessoa humana*, independentemente de sua condição existencial. Em virtude desse princípio, todo ser humano, independentemente da situação e das circunstâncias em que se encontre, tem direito à dignidade.¹⁴⁸ Todo o extraordinário desenvolvimento da doutrina jusinternacionalista a esse

respeito, ao longo do século XX, encontra raízes, - como não poderia deixar de ser, - em algumas reflexões do passado, no pensamento jurídico assim como filosófico¹⁴⁹, - a exemplo, *inter alia*, da concepção kantiana da pessoa humana como um fim em si mesmo. Isto é inevitável, porquanto reflete o processo de amadurecimento e refinamento do próprio espírito humano, que torna possíveis os avanços na própria condição humana.

Com efeito, não há como dissociar o reconhecimento da personalidade jurídica internacional do indivíduo (*supra*) da própria dignidade da pessoa humana. Em uma dimensão mais ampla, a pessoa humana se configura como o ente que encerra seu fim supremo dentro de si mesmo, e que o cumpre ao longo do caminho de sua vida, sob sua própria responsabilidade. Com efeito, é a pessoa humana, essencialmente dotada de dignidade, a que articula, expressa e introduz o "dever ser" dos valores no mundo da realidade em que vive, e só ela é capaz disso, como portadora de tais valores éticos. A personalidade jurídica, por sua vez, se manifesta como categoria jurídica no mundo do Direito, como expressão unitária da aptidão da pessoa humana para ser titular de direitos e deveres no plano do comportamento e das relações humanas regulamentadas.¹⁵⁰

Cabe recordar, no presente contexto, que a concepção de *direito subjetivo* individual tem já uma ampla projeção histórica, originada em particular no pensamento jusnaturalista nos séculos XVII e XVIII, e sistematizada na doutrina jurídica ao longo do século XIX. No entanto, no século XIX e início do século XX, aquela concepção permaneceu situada no âmbito do direito público interno, emanado do poder público, e sob a influência do positivismo jurídico.¹⁵¹ O direito subjetivo era concebido como a prerrogativa do indivíduo tal como definida pelo ordenamento jurídico em questão (o direito objetivo).¹⁵²

Não obstante, não há como negar que a cristalização do conceito de direito subjetivo individual, e sua sistematização, lograram ao menos um avanço rumo a uma melhor compreensão do indivíduo como *titular* de direitos. E tornaram possível, com o surgimento dos direitos humanos em nível internacional, a gradual superação do direito positivo. Em meados do século XX, ficava clara a impossibilidade da evolução do próprio Direito sem o direito subjetivo individual, expressão de um verdadeiro "direito humano."¹⁵³

Como me permiti sustentar em meu Voto Concordante no histórico Parecer n. 16 da CtIA-DH sobre o *Direito à Informação sobre a Assistên-*

cia Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal (de 01.10.1999), atualmente testemunhamos “o processo de *humanização* do direito internacional, que hoje alcança também este aspecto das relações consulares. Na confluência destas com os direitos humanos, tem-se cristalizado o direito individual subjetivo à informação sobre a assistência consular, de que são titulares todos os seres humanos que se vejam na necessidade de exercê-lo: tal direito individual, situado no universo conceitual dos direitos humanos, é hoje respaldado tanto pelo direito internacional convencional como pelo direito internacional consuetudinário” (par. 35).¹⁵⁴

A emergência dos direitos humanos universais, a partir da proclamação da Declaração Universal de 1948, veio a ampliar consideravelmente o horizonte da doutrina jurídica contemporânea, desvendando as insuficiências da conceitualização tradicional do direito subjetivo. As necessidades prementes de proteção do ser humano em muito fomentaram esse desenvolvimento. Os direitos humanos universais, superiores e anteriores ao Estado e a qualquer forma de organização político-social, e inerentes ao ser humano, afirmaram-se como oponíveis ao próprio poder público.

A personalidade jurídica internacional do ser humano se cristalizou como um limite ao arbítrio do poder estatal. Os direitos humanos liberaram a concepção do direito subjetivo das amarras do positivismo jurídico. Se, por um lado, a categoria jurídica da personalidade jurídica internacional do ser humano contribuiu a instrumentalizar a vindicação dos direitos da pessoa humana, emanados do Direito Internacional, - por outro lado o *corpus juris* dos direitos humanos universais proporcionou à personalidade jurídica do indivíduo uma dimensão muito mais ampla, já não mais condicionada ao direito emanado do poder público estatal.

IX. A SUBJETIVIDADE INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO COMO O MAIOR LEGADO DO PENSAMENTO JURÍDICO DO SÉCULO XX

Os grandes pensadores de décadas passadas que se dispuseram a extrair as lições deixadas pela história do século XX coincidem em um ponto capital:¹⁵⁵ nunca como no século passado, se verificou tanto progresso na ciência e tecnologia acompanhado tragicamente de tanta destruição e crueldade¹⁵⁶. O crepúsculo do século XX desvendou um panorama de progresso científico e tec-

nológico sem precedentes acompanhado de padecimentos humanos indescritíveis.¹⁵⁷ Ao longo do século XX de trágicas contradições, do divórcio entre a sabedoria e o conhecimento especializado, da antinomia entre o domínio das ciências e o descontrole dos impulsos humanos, das oscilações entre avanços e retrocessos, gradualmente se transformou a função do direito internacional, como instrumental jurídico já não só de regulação como sobretudo de *libertação*.¹⁵⁸ Reconhece-se hoje a necessidade de restituir ao ser humano a posição central - como *sujeito do direito tanto interno como internacional* - de onde foi indevidamente alijado, com as conseqüências desastrosas de triste memória.

Em nossos dias, o modelo westphaliano do ordenamento internacional afigura-se esgotado e superado.¹⁵⁹ O ordenamento jurídico internacional já não mais comporta a visão restritiva inter-estatal, que levou a tantos abusos, e atrocidades, no passado recente; passa a ocupar-se, com o renascimento do jusnaturalismo, da condição dos seres humanos, e das questões que afetam a humanidade como um todo¹⁶⁰. O reconhecimento da centralidade dos direitos humanos corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos. Nesta linha de evolução também se insere a corrente atual de “criminalização” de violações graves dos direitos da pessoa humana, paralelamente à consagração (em novos instrumentos internacionais) do princípio da jurisdição universal. Neste início do século XXI testemunhamos o acelerar do processo histórico de *humanização* do direito internacional,¹⁶¹ - para o qual constitui um privilégio poder contribuir, - que passa a se ocupar mais diretamente da realização de metas comuns superiores.

O supracitado Parecer histórico (de 01.10.1999) da CtIADH, que reconheceu a cristalização de um verdadeiro direito subjetivo à informação sobre assistência consular,¹⁶² de que é titular todo ser humano privado de sua liberdade em outro país¹⁶³, rompeu com a ótica tradicional puramente inter-estatal da matéria,¹⁶⁴ amparando numerosos estrangeiros pobres e trabalhadores migrantes. Paralelamente, a plena participação dos indivíduos, sobretudo no procedimento contencioso, tem se mostrado imprescindível. Sua importância, como última esperança dos esquecidos do mundo, vem de ser ilustrada, e.g., pelo contencioso dos assassinatos dos “Meninos de Rua” (caso *Villagrán Morales e Outros*) ante a mesma CtIADH. Neste caso paradigmático, as mães dos meninos assassinados (e a avó de um deles), tão pobres e abandonadas como os filhos (e neto), ti-

veram acesso à jurisdição internacional, compareceram a juízo¹⁶⁵, e, graças às sentenças da Corte Interamericana¹⁶⁶, que as ampararam, puderam ao menos recuperar a fé na Justiça humana.

O reconhecimento do acesso direto dos indivíduos à justiça internacional revela, nestas duas primeiras décadas do século XXI, o novo primado da *razão de humanidade* sobre a razão de Estado, a inspirar o processo histórico de *humanização* do Direito Internacional. A consciência humana alcança assim em nossos dias um grau de evolução que torna possível, - como ilustrado pelo caso paradigmático dos “*Meninos de Rua*” decidido pela CtIADH, dentre outros, - fazer justiça no plano internacional mediante a salvaguarda dos direitos dos marginalizados ou excluídos. A titularidade jurídica internacional dos indivíduos é hoje uma realidade irreversível, e o ser humano irrompe, enfim, mesmo nas condições mais adversas, como sujeito último do Direito tanto interno como internacional, dotado de plena capacidade jurídico-processual.

A parte da doutrina que insiste em negar aos indivíduos a condição de sujeitos do Direito Internacional se estriba em uma rígida definição destes últimos, deles exigindo não só que possuam direitos e obrigações emanados do Direito Internacional, mas também que participem no processo de criação de suas normas e de cumprimento das mesmas. Ora, esta rígida definição não se sustenta sequer no plano do direito interno, em que não se exige - jamais se exigiu - de todos os indivíduos participar na criação e aplicação das normas jurídicas para ser titulares de direitos, e vinculados pelos deveres, destas últimas emanados.

Ademais de insustentável, aquela concepção se mostra imbuída de um dogmatismo ideológico nefasto, que teve como consequência principal alienar o indivíduo do ordenamento jurídico internacional. É surpreendente - se não espantoso, - ademais de lamentável, ver aquela concepção repetida mecanicamente e *ad nauseam* por uma parte da doutrina, aparentemente pretendendo fazer crer que a intermediação do Estado, entre os indivíduos e o ordenamento jurídico internacional, seria algo inevitável e permanente. Nada mais falso. No breve período histórico em que vingou aquela concepção estatista, à luz - ou, mais precisamente, em meio às trevas - do positivismo jurídico, cometeram-se sucessivas atrocidades contra o ser humano, em uma escala sem precedentes.

Há outro ponto que passa despercebido aos arautos da visão estatista do Direito Internacional: em sua miopia, própria dos dogmatismos,

parecem não se dar conta de que os indivíduos já começaram a participar efetivamente no processo de elaboração de normas do Direito Internacional, que hoje se mostra muito mais complexo do que há algumas décadas. Este fenômeno decorre da democratização, que, em nossos dias, passa a alcançar também o plano internacional¹⁶⁷. Ilustrado, como já assinalado, a presença e atuação crescentes de entidades da sociedade civil (ONGs e outras), como verificado nos *travaux préparatoires* de tratados recentes assim como ao longo do ciclo das grandes Conferências Mundiais das Nações Unidas durante a década de noventa.

Há casos em que tais entidades da sociedade civil têm se dedicado inclusive a monitorar a observância e o cumprimento da normativa internacional, rompendo assim o monopólio estatal de outrora neste domínio. O certo é que, neste como em tantos outros domínios da disciplina, já não é possível abordar o Direito Internacional a partir de uma ótica meramente inter-estatal. Os sujeitos do Direito Internacional já há muito deixaram de reduzir-se a entes territoriais; há mais de meio-século, a partir do célebre Parecer da Corte Internacional de Justiça sobre as *Reparações de Danos* (1949), as organizações internacionais romperam o pretendido monopólio estatal da personalidade e capacidade jurídicas internacionais, com todas as consequências jurídicas que daí advieram.¹⁶⁸

Resulta hoje claríssimo que nada há de intrínseco ao Direito Internacional que impeça ou impossibilite aos indivíduos desfrutar da personalidade e capacidade jurídicas internacionais. Ninguém em sã consciência ousaria hoje negar que os indivíduos efetivamente possuem direitos e obrigações que emanam diretamente do Direito Internacional, com o qual se encontram, portanto, em contato direto. E é perfeitamente possível conceitualizar -inclusive com maior precisão - como sujeito do direito internacional qualquer pessoa ou entidade, titular de direitos e portadora de obrigações, que emanam diretamente de normas do Direito Internacional. É o caso dos indivíduos, que têm, assim, estreitados e fortalecidos seus contatos diretos - sem intermediários - com o ordenamento jurídico internacional.

Esta evolução deve ser apreciada em uma dimensão mais ampla. Em reação às sucessivas atrocidades que, ao longo do século XX, vitimaram milhões e milhões de seres humanos, em uma escala até então desconhecida na história da humanidade, se insurgiu com vigor a *consciência jurídica universal*¹⁶⁹, - como *fonte material* última de todo o Direito, - restituindo ao ser humano a sua condi-

ção de sujeito do direito tanto interno como internacional, e destinatário final de todas as normas jurídicas, de origem tanto nacional como internacional. Com isto se beneficiam os seres humanos, e se enriquece e justifica o Direito Internacional, desvencilhando-se das amarras do estatismo e, de certo modo, reencontrando-se com o verdadeiro *direito das gentes*, que, em seus primórdios, inspirou sua formação e evolução históricas.

Na construção do ordenamento jurídico internacional deste novo século, testemunhamos, com a gradual erosão da reciprocidade, a emergência *pari passu* de considerações superiores de *ordre public*¹⁷⁰, refletidas, no plano normativo, nas concepções das normas imperativas do direito internacional geral (o *jus cogens*), e dos direitos fundamentais inderrogáveis, e no plano processual, na concepção das obrigações *erga omnes* de proteção. A consagração destas obrigações representa a superação de um padrão de conduta erigido sobre a pretensa autonomia da vontade do Estado, do qual o próprio Direito Internacional buscou gradualmente se libertar ao consagrar o conceito de *jus cogens*.

Estamos ante uma *ordre public* humanizada (ou mesmo verdadeiramente humanista) em que o interesse público ou o interesse geral coincide plenamente com a prevalência dos direitos humanos¹⁷¹, - o que implica o reconhecimento de que os *direitos humanos constituem o fundamento básico, eles próprios, do ordenamento jurídico*. No domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, movido por considerações de *ordre public* internacional, estamos diante de valores comuns e superiores,¹⁷² que lhe são subjacentes, e que se afiguram verdadeiramente fundamentais e irreduzíveis.¹⁷³ Podemos aqui visualizar um verdadeiro *direito ao Direito*, ou seja, o direito a um ordenamento jurídico que efetivamente salvguarde os direitos inerentes à pessoa humana¹⁷⁴.

Há, em conclusão, que dar seguimento à evolução auspiciosa da consagração das normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, buscando assegurar sua plena aplicação prática, em benefício de todos os seres humanos¹⁷⁵, dotados de personalidade e capacidade jurídica, como verdadeiros sujeitos do Direito Internacional. Estas novas concepções se impõem em nossos dias, e de sua fiel observância dependerá em grande parte a evolução futura do próprio Direito Internacional. É este o caminho a seguir, para que não mais tenhamos que continuar a conviver com as contradições trágicas que marcaram o século XX.

X. REFLEXÕES FINAIS: NOVOS AVANÇOS DA SUBJETIVIDADE INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO NO SÉCULO XXI

À medida em que as atenções da doutrina jurídica contemporânea sobre a expansão da personalidade jurídica internacional se voltam à posição central hoje ocupada pelos indivíduos vitimados, dando testemunho inequívoco do novo *jus gentium* de nossos tempos¹⁷⁶, - como busquei demonstrar no Curso Geral de Direito Internacional Público que ministrei em 2005 na Academia de Direito Internacional da Haia¹⁷⁷, - ainda mais insustentável se afigura um apego impensado e imobilista a dogmas infundados do passado. Mas como não vivemos em um mundo racional, há que nos mantermos atentos para evitar um eventual contágio de certa nostalgia do imobilismo, ainda em nossos dias (em que cada vez menos se lê e menos se reflete). Assim, à medida em que nos adentramos na segunda década do século XXI, afigura-se deveras surpreendente encontrar os que, ao admitir a abertura do direito internacional à expansão da personalidade jurídica internacional (estendendo-se aos indivíduos), não obstante insistem, de forma contraditória, na permanência da tradicional visão estado-cêntrica, fora da qual parecem se sentir perdidos.¹⁷⁸

Sua posição é insustentável: nada mais fazem do que se apegar arbitrariamente um ponto de desenvolvimento doutrinário do passado, no século XIX, e tentar projetá-lo – tentando dotá-lo de “perenidade” - ao presente, fazendo abstração da evolução do direito internacional de mais de um século. O mundo estado-cêntrico sonhado por E. de Vattel já deixou de existir há muito tempo. Muito ao contrário, a evolução do direito das gentes segue seu curso no século XXI, com o acesso à justiça internacional hoje assegurado inclusive a pessoas que se encontravam em situações de grande vulnerabilidade, e até mesmo inteiramente indefesas (cf. *supra*).

Os que se aferram ao dogmatismo ultrapassado, - a ponto de tentar fazer crer que o direito internacional, “tal como hoje o conhecemos”, teve “início” no século XIX, - estão simplesmente faltando à verdade. O direito internacional antecedeu em muito o ordenamento inter-estatal estabelecido no século XIX, com suas raízes históricas remontando ao pensamento de seus “fundadores”, os jusinternacionalistas dos séculos XVI e XVII, como recapitulado no presente estudo¹⁷⁹. O direi-

to internacional em muito evoluiu desde o século XIX, acompanhando as profundas transformações do mundo, e afigurando-se hoje inteiramente distinto do que então era¹⁸⁰.

Em reação à sucessão de atos de barbárie e dos horrores que se sucederam ao longo do século XX e início do século XXI, o direito a cuidou de abrir-se à expansão da personalidade jurídica internacional, e, por conseguinte, da correspondente capacidade jurídica, assim como significativamente, da responsabilidade internacional. O *jus gentium* contemporâneo tem passado por um processo histórico de humanização¹⁸¹, precavendo-se e instrumentalizando-se contra as manifestas insuficiências e os perigos da visão estado-cêntrica ou do superado enfoque estritamente interestatal. Para isto em muito tem contribuído o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a ponto de o fenômeno desta evolução transcender os parâmetros deste último, e permear em nossos dias o *corpus juris* do Direito Internacional como um todo.

A jurisprudência internacional contemporânea contém ilustrações eloquentes do acesso da pessoa humana à justiça internacional em circunstâncias de grande adversidade, em casos relativos, e.g., migrantes indocumentados, crianças abandonadas nas ruas (cf. *supra*), membros de comunidades de paz e outros civis em situações de conflito armado, pessoas internamente deslocadas, indivíduos (inclusive menores de idade) sob condições infra-humanas de detenção, membros de comunidades indígenas despossuídas, entre outros. Em tais circunstâncias, a centralidade do sofrimento das vítimas tem se tornado notória com seu acesso à justiça em nível internacional.

Em nossos dias, tem-se feito uso do direito de petição individual internacional, com eficácia, também em tais situações¹⁸², - algo que dificilmente poderia ter sido antecipado, em seus dias, pelos redatores dos tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos, dotados de sistemas de petições. Por outro lado, estes avanços recentes em nada surpreendem, pois o Direito Internacional dos Direitos Humanos encontra-se essencialmente *orientado às vítimas*. Este desenvolvimento se deve ao despertar da consciência humana ao imperativo de proteção da pessoa humanas nessas circunstâncias de extrema vulnerabilidade. É em tais circunstâncias que tal proteção alcança sua plenitude.

Com efeito, a esta notável evolução dedico um recente livro meu (de 2011), sobre a matéria, publicado em Oxford¹⁸³. Nele examino alguns casos adjudicados pela CtIADH ao longo da última

década, um ciclo de casos de massacres, com circunstâncias agravantes, em que foram planejadas e perpetradas violações graves de direitos humanos em execução de políticas estatais formando uma prática *sistemática* de extermínio de seres humanos. A adjudicação destes casos foi desencadeada pela Sentença histórica da CtIADH no caso do massacre de *Barrios Altos* atinente ao Peru (2001).

A esta se seguiram as Sentenças subsequentes da CtIADH nos casos dos massacres do *Caracazo* concernente à Venezuela (reparações, 2002), de *Plan de Sánchez* referente à Guatemala (2004), dos *19 Comerciantes* versus Colombia (2004), da *Comunidade Moiwana* relativo ao Suriname (2005), de *Mapiripán* atinente à Colômbia (2005), de *Ituango versus Colômbia* (2006), de *Monte-ro Aranguren e Outros (Centro de Detenção de Cátia)* versus Venezuela (2006); de *La Cantuta versus Peru* (2006), e da *Prisão Castro Castro*, também atinente ao Peru (2006). Também houve casos, como o de *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (2003), de assassinatos planejados ao mais alto nível do poder estatal e executados por ordem deste.

Assim, massacres e crimes de Estado (perpetrados por agentes estatais como parte de uma política estatal), que há algumas décadas tendiam a recair no esquecimento, têm mais recentemente sido levados ao conhecimento de tribunais internacionais de direitos humanos (tais como as Cortes Interamericana e Européia), a fim de determinar a responsabilidade do Estado (sob as Convenções regionais respectivas) por violações graves dos direitos humanos protegidos¹⁸⁴. Novos desenvolvimentos têm ocorrido nos últimos anos, nos procedimentos legais internacionais¹⁸⁵, tais como os atinentes à determinação da responsabilidade *agravada* dos Estados em questão, e a identificação das vítimas em distintas etapas do procedimento.

Uma circunstância agravante reside na intencionalidade do dano (a revelar a coexistência da responsabilidade objetiva com a responsabilidade com base na falta ou *culpa*). A história moderna está repleta de exemplos em que os autores intelectuais e materiais de massacres pretendiam caracterizar suas vítimas – não raro inocentes e indefesas – como “inimigos” a ser eliminados, e também “desumanizá-las” (inclusive por usos indevidos da linguagem e mediante distorções mediante neologismos e eufemismos) antes de assassiná-las.¹⁸⁶ Em reação a crueldades do gênero, podem-se constatar, na adjudicação internacional de tais casos, a centralidade e expansão da noção

de vítima (direta), e a relevância de seu direito à reparação pelos danos sofridos. É altamente significativo que, em nossos dias, vítimas sobreviventes de massacres, e familiares de vítimas fatais, tenham tido acesso à justiça internacional.

Os próprios Estados hoje reconhecem e se dão conta de que já não podem dispor, como bem entendam, dos seres humanos que se encontrem sob suas respectivas jurisdições.¹⁸⁷ Seu poder de ação não é ilimitado, deve estar guiado pela fiel observância de certos valores fundamentais, e dos princípios gerais do direito.¹⁸⁸ Devem responder por eventuais danos causados aos seres humanos sob suas respectivas jurisdições, e prover as devidas reparações.¹⁸⁹ Os Estados não

podem sequer se escudar por detrás da responsabilidade (penal) internacional dos indivíduos infratores; subsiste sempre a responsabilidade do Estado¹⁹⁰. As responsabilidades de uns e de outro não se autoexcluem, mas se complementam. O novo ordenamento jurídico internacional de nossos tempos tem emergido da consciência humana, - a consciência jurídica universal, como fonte *material* última de todo o Direito. A expansão da personalidade jurídica internacional tem-se dado em benefício de todos os sujeitos de direito, inclusive os indivíduos como sujeitos do Direito Internacional.

Haia, 28.07.2012

NOTAS

1. O presente trabalho de pesquisa serviu de base às duas conferências magnas proferidas pelo Autor, respectivamente, nos atos acadêmicos de lançamento de seu livro *"The Access of Individuals to International Justice"* (Oxford, Oxford University Press, 2011), realizados, em um primeiro momento, na Universidade de Paris (Sciences-Po), em Paris, França, aos 11 de maio de 2012, e, em um segundo momento, na Universidade de Cambridge, em Cambridge, Reino Unido, aos 19 de maio de 2012.
2. A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", 6/7 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434; A.A. Cançado Trindade, "El Acceso Directo de los Individuos a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *XXVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - OEA* (2000) pp. 243-283; A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario* (Nov. 1999), San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 17-96; A.A. Cançado Trindade, "A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", 16 *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional - Madrid* (2003) pp. 237-288; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 107-172; A.A. Cançado Trindade, "The Emancipation of the Individual from His Own State - The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law - Liber Amicorum L. Wildhaber* (eds. S. Breitenmoser et alii), Zürich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, pp. 151-171; A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187.
3. A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 20-21. Para um relato da formação da doutrina clássica, cf., *inter alia*, e.g., P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, vol. I, Genève, Georg, 1967, pp. 13-32; A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5a. ed., Madrid, Aguilar, 1969 (reimpr.), pp. 47-62; Ch. de Visscher, *Théories et réalités en Droit international public*, 4a. ed. rev., Paris, Pédone, 1970, pp. 18-32; L. Le Fur, "La théorie du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne", 18 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1927) pp. 297-399.
4. Cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez - Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 169-170.
5. Cf. Francisco de Vitoria, *Relecciones - del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, México, Porrúa, 1985, pp. 1-101; A. Gómez Robledo, *op. cit. infra* n. (11), pp. 30-39.
6. Francisco de Vitoria, *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), in: *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.
7. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 411; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford - Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 282-283, 140, 150, 163-165 e 172; A.A. Cançado Trindade, "Totus Orbis: A Visão Universalista e Pluralista do Jus Gentium: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria", in 24 *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas - Rio de Janeiro* (2008) n. 32, pp. 197-212.
8. P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 216 e 203.

9. *Ibid.*, pp. 219-220 e 217.
10. *Ibid.*, pp. 243 e 221.
11. A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, pp. 48-55.
12. Cf., a respeito, Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", 23 *British Year Book of International Law* (1946) pp. 1-53.
13. Por conseguinte, os padrões de justiça aplicam-se *vis-à-vis* tanto os Estados como os indivíduos. Hersch Lauterpacht, "The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man", 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943) pp. 7 e 21-31.
14. *Ibid.*, p. 26.
15. C. Wolff vislumbrou os Estados-nação como membros de uma *civitas maxima*, conceito que Emmerich de Vattel (autor de *Le Droit des Gens*, 1758), posteriormente, invocando a necessidade de "realismo", pretendeu substituir por uma "sociedade de nações" (concepção menos avançada); cf. F.S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment - The Background of Emmerich de Vattel's Le Droit des Gens*, Dobbs Ferry/N.Y., Oceana, 1975, p. 95; para uma crítica a esse retrocesso (incapaz de fundamentar o princípio de obrigação no direito internacional), cf. J.L. Briery, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 38-40.
16. C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69; e cf. também R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, pp. 164-165.
17. P.P. Remec, *The Position of the Individual...*, *op. cit. supra* n. (8), pp. 36-37.
18. J. Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 66 e 33, e cf. p. 19.
19. *Ibid.*, p. 55; uma evolução nesse sentido, agregou, haveria de aproximar-nos do ideal da *civitas maxima*.
20. Cf. L. Le Fur, "La théorie du droit naturel...", *op. cit. supra* n. (3), p. 263.
21. W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, p. 247; E. Weil, *Hegel et l'État* [1950], 4a. ed., Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1974, pp. 11, 24, 44-45, 53-56, 59, 62, 100 e 103.
22. Cf. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international...", *op. cit. infra* n. (72), p. 405.
23. *Ibid.*, p. 406.
24. Para uma crítica à incapacidade da tese dualista de explicar o acesso dos indivíduos à jurisdição internacional, cf. P. Reuter, "Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en Droit international public", in *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de G. Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ, 1950, pp. 542-543 e 551.
25. Cf., e.g., Y.A. Korovin, S.B. Krylov, *et alii*, *International Law*, Moscow, Academy of Sciences of the USSR/Institute of State and Law, [s/d], pp. 93-98 e 15-18; G.I. Tunkin, *Droit international public - problèmes théoriques*, Paris, Pédone, 1965, pp. 19-34.
26. Stefan Glaser, "Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif", in *Mélanges offerts à H. Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, p. 117, e cf. pp. 105-106 e 114-116. Daí a importância da competência obrigatória dos órgãos de proteção internacional dos direitos humanos; *ibid.*, p. 118.
27. Sobre a evolução histórica da personalidade jurídica no direito das gentes, cf. H. Mosler, "Réflexions sur la personnalité juridique en Droit international public", *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 228-251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologna, Coop. Libr. Univ., 1972, pp. 9-268; G. Scelle, "Some Reflections on Juridical Personality in International Law", in *Law and Politics in the World Community* (ed. G.A. Lipsky), Berkeley/L.A., University of California Press, 1953, pp. 49-58 e 336; J.A. Barberis, *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17-35; J.A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", 179 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1983) pp. 157-238; A.A. Cançado Trindade, "The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts", in *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/Asser Instituut, The Hague, July 1995), The Hague, Asser Instituut, 1996, pp. 157-162 e 166-167; C. Dominicé, "La personnalité juridique dans le système du droit des gens", in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of K. Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 147-171; A.A. Cançado Trindade, "The Emancipation of the Individual from His Own State...", *op. cit. supra* n. (2), pp. 151-171; A.A.

- Cançado Trindade, "The Human Person and International Justice" [W. Friedmann Memorial Award Lecture 2008], 47 *Columbia Journal of Transnational Law* (2008) pp. 16-30.
28. S. Glaser, *op. cit. supra* n. (26), p. 123.
 29. K.J. Partsch, "Individuals in International Law", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 2, Elsevier, Max Planck Institute/North-Holland Ed., 1995, p. 959.
 30. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1996, pp. 1-66.
 31. R. Cassin, "L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle", in *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 81-82.
 32. Cf. R. Pinto, "Tendances de l'élaboration des formes écrites du Droit international", in *L'élaboration du Droit international public* (Colloque de Toulouse, Société Française pour le Droit International), Paris, Pédone, 1975, pp. 13-30.
 33. Para um estudo geral, cf., e.g., F. Hondius, "La reconnaissance et la protection des ONGs en Droit international", 1 *Associations Transnationales* (2000) pp. 2-4; J. Ebbesson, "The Notion of Public Participation in International Environmental Law", 8 *Yearbook of International Environmental Law* (1997) pp. 51-97.
 34. Para um estudo geral, cf. S. Detrick (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child - A Guide to the Travaux Préparatoires*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, pp. 1-703.
 35. Cf. K. Anderson, "The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society", 11 *European Journal of International Law* (2000) pp. 91-120.
 36. R. Ranjeva, "Les organisations non-gouvernementales et la mise-en-oeuvre du Droit international", 270 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1997) pp. 22, 50, 67-68, 74 e 101-102.
 37. M. Bettati e P.-M. Dupuy, *Les O.N.G. et le Droit international*, Paris, Economica, 1986, pp. 1, 16, 19-20, 252-261 e 263-265. Isto é sintomático da *democratização* das relações internacionais, a par de uma crescente *conscientização* dos múltiplos atores atuantes no cenário internacional contemporâneo (Ph. Sands, "Turtles and Torturers: The Transformation of International Law", 33 *New York University Journal of International Law and Politics* (2001) pp. 530, 543 e 555-559), em prol de valores universais.
 38. Tal como reconhecido já há décadas; cf. A.N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Éds. Internationales, 1931, pp. 95-96, 103 e 138; Ch. de Visscher, "Rapport - `Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du Droit international'", *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1947) pp. 3 e 9; G. Scelle, *Précis de Droit des Gens - Principes et systématique*, parte I, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 (reimpr. do CNRS, 1984), p. 48; Lord McNair, *Selected Papers and Bibliography*, Leiden/N.Y., Sijthoff/Oceana, 1974, pp. 329 e 249.
 39. Corte Internacional de Justiça, Parecer sobre as *Reparações de Danos*, *ICJ Reports* (1949) p. 178: - "The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States".
 40. P. de Visscher, "Cours Général de Droit international public", 136 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1972) p. 56, e cf. pp. 45 e 55.
 41. Ponto resolutivo n. 1 do supracitado Parecer (ênfase acrescentada).
 42. Cf., no tocante à proteção internacional, A.A. Cançado Trindade, "The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century", 30 *Columbia Human Rights Law Review - New York* (1998) pp. 1-27; A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", in K. Vasak *Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; A.A. Cançado Trindade, "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise en oeuvre:

- obstacles et enjeux”, 158 *Revue internationale des sciences sociales* - Paris/UNESCO (1998) pp. 571-582; A.A. Cançado Trindade, “El Derecho de Petición Individual ante la Jurisdicción Internacional”, 48 *Revista de la Facultad de Derecho de México* - UNAM (1998) pp. 131-151.
43. P.N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 226-227.
44. Cf. *ibid.*, pp. 223 e 215.
45. J. Maritain, *O Homem e o Estado*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Agir, 1966, p. 84, e cf. pp. 97-98 e 102; C.J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196-197, 200-201 e 207. E, para um estudo geral recente, cf. Y.R. Simon, *The Tradition of Natural Law - A Philosopher's Reflections* (ed. V. Kuic), N.Y., Fordham Univ. Press, 2000 [reprint], pp. 3-189; e cf. também A.P. d'Entrèves, *Natural Law*, London, Hutchinson Univ. Libr., 1970 [reprint], pp. 13-203.
46. Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5a. ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1999, pp. 85 e 101.
47. *Ibid.*, p. 641.
48. A. Truyol y Serra, “Théorie du Droit international public - Cours général”, 183 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 142-143; J. Puente Egido, “Natural Law”, in *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max Planck Institute), vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 344-349.
49. J.A. Carrillo Salcedo, “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, 22 *Isegoría - Revista de Filosofía Moral y Política* - Madrid (2000) p. 75.
50. R.-J. Dupuy, “Communauté internationale et disparités de développement - Cours général de Droit international public”, 165 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1979) pp. 190, 193 e 202.
51. Cf. item VII, *infra*.
52. M. Virally, “Droits de l'homme et théorie générale du Droit international”, *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. IV, Paris, Pédone, 1972, pp. 328-329.
53. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 17-30; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 23-194; A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 1048-1109; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 15-58 e 375-427.
54. S. Sfériadès, “Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales”, 51 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1935) pp. 23-25 e 54-60.
55. A.N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Éds. Internationales, 1931, pp. 95-96, e cf. p. 103.
56. *Ibid.*, p. 138.
57. G. Scelle, *Précis de Droit des Gens - Principes et systématique*, parte I, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 (reimpr. do CNRS, 1984), pp. 42-44.
58. *Ibid.*, p. 48.
59. Lord McNair, *Selected Papers and Bibliography*, Leiden/N.Y., Sijthoff/Oceana, 1974, pp. 329 e 249.
60. A. Gonçalves Pereira e F. de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 3a. ed. rev., Coimbra, Almedina, 1995, p. 405, e cf. pp. 381-408.
61. A. de La Pradelle, *Droit international public* (cours sténographié), Paris, Institut des Hautes Études Internationales/Centre Européen de la Dotation Carnegie, 1932-1933, pp. 49, 80-81, 244, 251, 263-266 e 356.
62. *Ibid.*, pp. 33-34, 230, 257, 261, 264 e 412-413.
63. A. Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes - El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 46-47 e 457-463, e cf. pp. 81, 91 e 499-500; A. Álvarez, *El Nuevo Derecho Internacional en Sus Relaciones con la Vida Actual de los Pueblos*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1962 [reed.], pp. 49, 57, 77, 155-156, 163, 292, 304 e 357.
64. H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, 1a. ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, pp. 71-75.
65. L. Carneiro, *O Direito Internacional e a Democracia*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Fo. Ed., 1945, pp. 121 e 108, e cf. pp. 113, 35, 43, 126, 181 e 195.
66. Ph.C. Jessup, *A Modern Law of Nations - An Introduction*, New York, MacMillan Co., 1948, p. 41.

67. H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 69, 61 e 51. E cf. também, no mesmo sentido, H. Lauterpacht, "The Revision of the Statute of the International Court of Justice", in *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht* (ed. E. Lauterpacht), vol. 5, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 164-166.
68. H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, op. cit. supra n. (67), p. 70.
69. Cf. *ibid.*, pp. 8-9. Para uma crítica à concepção voluntarista do direito internacional, cf. A.A. Cançado Trindade, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-assessment", 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Sottile (1981) pp. 201-240.
70. M. Bourquin, "L'humanisation du droit des gens", *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 21-54.
71. M. Huber, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1954, pp. 26, 247, 270, 286, 291-293 e 304.
72. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale - nouvelles tendances", 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953) pp. 402, 412-413, 424, 586-589, 601 e 612. Tratava-se, pois, de proteger o ser humano não só contra a arbitrariedade estatal, mas também contra os abusos dos próprios indivíduos; *ibid.*, p. 614. Cf., no mesmo sentido, W. Friedmann, *The Changing Structure...*, op. cit. supra n. (21), pp. 234 e 248.
73. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international...", op. cit. supra n. (72), pp. 426-427, 547 e 610-611. Ainda que não endossasse a teoria de Duguit e Scelle (dos indivíduos como únicos sujeitos do direito internacional), - tida como expressão da "escola sociológica" do direito internacional na França, - Eustathiades nela reconheceu o grande mérito de reagir à doutrina tradicional que visualizava nos Estados os únicos sujeitos do direito internacional; o reconhecimento da subjetividade internacional dos indivíduos, a par da dos Estados, veio transformar a estrutura do direito internacional e fomentar o espírito de solidariedade internacional; *ibid.*, pp. 604-610. Os indivíduos emergiram como sujeitos do direito internacional, mesmo sem participar do processo de criação de suas normas; *ibid.*, p. 409.
74. P. Guggenheim, "Les principes de Droit international public", 80 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1952) pp. 116, e cf. pp. 117-118.
75. G. Sperduti, "L'individu et le droit international", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956) pp. 824, 821 e 764.
76. *Ibid.*, pp. 821-822; e cf. também G. Sperduti, *L'Individuo nel Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè Ed., 1950, pp. 104-107.
77. C. Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956) p. 722.
78. Como *rapporteur* do Grupo de Trabalho da [então] Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, encarregado de preparar o projeto da Declaração (maio de 1947 a junho de 1948).
79. R. Cassin, "Vingt ans après la Déclaration Universelle", 8 *Revue de la Commission Internationale de Juristes* (1967) n. 2, pp. 9-10.
80. P. Reuter, *Droit international public*, 7a. ed., Paris, PUF, 1993, p. 235, e cf. p. 106.
81. *Ibid.*, p. 238.
82. E. Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 207-208. - Para A. Cassese, o *status* jurídico internacional de que hoje desfrutam os indivíduos representa um notável avanço do direito internacional contemporâneo, mesmo que a capacidade jurídica dos indivíduos ainda comporte limitações; ademais, quanto a suas obrigações os indivíduos se associam aos demais membros da comunidade internacional, pois também deles se exige o respeito a certos valores fundamentais hoje universalmente reconhecidos; A. Cassese, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 79-85.
83. J. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", 179 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1983) pp. 161, 169, 171-172, 178 e 181.
84. Cf., e.g., R. Cassin, "Vingt ans après la Déclaration Universelle", 8 *Revue de la Commission internationale de juristes* (1967) pp.9-17; K. Vasak, "Le droit international des droits de l'homme", 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 374-381 e 411-413; H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Lon-

- don, Stevens, 1950, pp. 54-56 e 223-251; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 68-87; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, pp. 1-445; A.A. Cançado Trindade, "Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 1-435; W.P.Gormley, *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, The Hague, Nijhoff, 1966, pp. 1-194; C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 26-33 e 82-172; P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20-23; P.N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 61-252; M. Ganji, *International Protection of Human Rights*, Genève/Paris, Droz/Minard, 1962, pp. 178-192; A.Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20-34 e 341; G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence/Paris, Pr. Univ. d'Aix-Marseille/Economica, 1989, pp. 29 e 567-569; D.J. Harris, M. O'Boyle e C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, pp. 580-585 e 706-714; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, University Press, 1999, pp. 14-56 e 358-361.
85. Como vimos, e.g., já há mais de meio-século, C. Eustathiades, ao vincular a subjetividade internacional dos indivíduos à temática da responsabilidade internacional, atentou para a dimensão tanto ativa como passiva de tal subjetividade, esta última em razão da capacidade do indivíduo para o delito internacional (sujeito passivo da relação jurídica - cf. *supra*).
86. M.Ch. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2a. ed. rev., The Hague, Kluwer, 1999, pp. 106 e 118.
87. Cf. K. Lescure, *Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie*, Paris, Montchrestien, 1994, pp. 15-133; A. Cassese, "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Human Rights", 2 *European Human Rights Law Review* (1997) pp. 329-352; Kai Ambos, "Defensa Penal ante el Tribunal de la ONU para la Antigua Yugoslavia", 25 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1997) pp. 11-28.
88. Cf. Roy S. Lee, "The Rwanda Tribunal", 9 *Leiden Journal of International Law* (1996) pp. 37-61; [Vários Autores,], "The Rwanda Tribunal: Its Role in the African Context", 37 *International Review of the Red Cross* (1997) n. 321, pp. 665-715 (estudos de F. Harhoff, C. Aptel, D. Wembou, C.M. Peter, e G. Erasmus e N. Fourie); O. Dubois, "Rwanda's National Criminal Courts and the International Tribunal", 37 *International Review of the Red Cross* (1997) n. 321, pp. 717-731.
89. W.A. Schabas, "Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach", 7 *Duke Journal of Comparative and International Law* (1997) pp. 461-517.
90. Cf., a respeito, e.g., D. Thiam, "Responsabilité internationale de l'individu en matière criminelle", in *International Law on the Eve of the Twenty-First Century - Views from the International Law Commission / Le droit international à l'aube du XXe siècle - Réflexions de codificateurs*, N.Y., U.N., 1997, pp. 329-337.
91. Os antecedentes destes esforços de estabelecimento de uma jurisdição penal internacional remontam às antigas comissões internacionais *ad hoc* de investigação (a partir de 1919), e sobretudo aos célebres Tribunais de Nuremberg (estabelecido em agosto de 1945) e de Tóquio (estabelecido em janeiro de 1946). Cf. M.R. Marrus, *The Nuremberg War Crimes Trial 1945-1946 - A Documentary History*, Boston/N.Y., Bedford Books, 1997, pp. 1-268; M.C. Bassiouni, "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court", 10 *Harvard Human Rights Journal* (1997) pp. 11-62.
92. Cf. G. Abi-Saab, "The Concept of 'International Crimes' and Its Place in Contemporary International Law", *International Crimes of State - A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility* (eds. J.H.H. Weiler, A. Cassese e M. Spinedi), Berlin, W. de Gruyter, 1989, pp. 141-150; B. Graefrath, "International Crimes - A Specific Regime of International Responsibility of States and Its Legal Consequences", in *ibid.*, pp. 161-169; P.-M. Dupuy, "Implications of the Institutionalization of International Crimes of States", in *ibid.*, pp. 170-185; M. Gounelle, "Quelques remarques sur la notion de 'crime international' et sur

- l'évolution de la responsabilité internationale de l'État", in *Mélanges offerts à P. Reuter - Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, pp. 315-326.
93. B. Broms, "The Establishment of an International Criminal Court", 24 *Israel Yearbook on Human Rights* (1994) pp. 145-146.
94. Precedidos pelo Projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade (primeira versão, 1991), preparado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, a qual, em 1994, concluiu o seu Projeto de Estatuto de um Tribunal Penal Internacional permanente.
95. Para um estudo substancial e pioneiro, cf. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du droit international et la responsabilité internationale - Nouvelles tendances", 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953) pp. 401-614; e sobre a responsabilidade individual por um ilícito cometido no cumprimento de "ordem superior" (ilegal), cf. L.C. Green, *Superior Orders in National and International Law*, Leyden, Sijthoff, 1976, pp. 250-251 e 218; Y. Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 93-253.
96. Neste propósito, a adoção do Estatuto do Tribunal Penal Internacional pela Conferência de Roma de 1998 constitui uma conquista da comunidade internacional como um todo, na luta contra a impunidade e em defesa da dignidade da pessoa humana.
97. Assim, começa a florescer a jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* tanto (a partir de 1995) para a ex-Iugoslávia (casos *Tadic*, *Erdemovic*, *Blaskic*, *Mucic*, *Delic*, *Delalic e Landzo*, *Karadzic*, *Mladic e Stanisic*, *Zeljko Meakic et alii* [19 membros das forças sérvias], *Djukic*, *Lajic*, e caso da *Área do Vale do Rio Lasva* [27 líderes militares e políticos bósnio-croatas; 1995], - como (a partir de 1997) para Ruanda (casos *Ntakirutimana e Kanyabashi*). O estudo desta temática passa a assumir crescente importância, à medida em que se desperta a consciência para o velho ideal da realização da justiça a nível internacional.
98. No caso *Paniagua Morales e Outros versus Guatemala* (também conhecido como caso da "Panel Blanca"), a CtIADH teve ocasião de formular uma clara advertência quanto ao dever do Estado de combater a impunidade. Em sua Sentença quanto ao mérito (de 08.03.1998) naquele caso, a CtIADH conceituou como *impunidade* "a falta em seu conjunto de investigação, perseguição, captura, julgamento e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana, uma vez que o Estado tem a obrigação de combater tal situação por todos os meios legais disponíveis já que a impunidade propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total vulnerabilidade (*indefensión*) das vítimas e de seus familiares" (Série C, n. 37, par. 173). Afirmou, ademais, a CtIADH, o dever do Estado (sob o artigo 1(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) de "organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos", dever este - agregou significativamente a Corte - que "se impõe independentemente de que os responsáveis pelas violações destes direitos sejam agentes do poder público, particulares, ou grupos deles" (*ibid.*, par. 174).
99. Sobre a formação e o desenvolvimento do conceito de *jus cogens* no direito internacional contemporâneo, cf., e.g.: J. Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties - A Critical Appraisal*, Wien/N.Y., Springer-Verlag, 1974, pp. 1-194; C.L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1976, pp. 1-194; A. Gómez Robledo, *El Jus Cogens Internacional (Estudio Histórico Crítico)*, México, UNAM, 1982, pp. 7-227; G. Gaja, "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", 172 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 279-313; Ch. de Visscher, "Positivisme et jus cogens", 75 *Revue générale de Droit international public* (1971) pp. 5-11; A. Verdross, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", 60 *American Journal of International Law* (1966) pp. 55-63; A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 13-15; H. Mosler, "Jus Cogens im Völkerrecht", 25 *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* (1968) pp. 1-40; K. Marek, "Contribution à l'étude du jus cogens en Droit international", *Recueil d'études de Droit international en hommage à P. Guggenheim*, Genebra, IUHEI, 1968, pp. 426-459.
100. Cf. U.N., *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (Vienna, 1986) - Official Records*, vol. I, N.Y., U.N., 1995, pp. 187-188 (intervenção de A.A. Cançado Trindade, Subchefe da Delegação do Brasil). Com efeito, a referida concepção voluntarista se mostra in-

- capaz de explicar sequer a formação de regras do direito internacional geral e a incidência no processo de formação e evolução do direito internacional contemporâneo de elementos independentes do livre arbítrio dos Estados.
101. Em estudo publicado em livro comemorativo do cinquentenário do Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), busquei conceituar o que me permito denominar de consciência jurídica universal; cf. A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal", in *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (eds. A.A. Cançado Trindade e J. Ruiz de Santiago), San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 19-78.
102. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. supra n. (53), vol. II, pp. 412-420. - Já é tempo de desenvolver as primeiras indicações jurisprudenciais a respeito, avançadas já há mais de quatro décadas, no *cas célèbre* da *Barcelona Traction* (1970), e perseverar nos esforços doutrinários já envidados. Recorde-se que, naquele caso, a Corte Internacional de Justiça pela primeira vez distinguiu, por um lado, as obrigações inter-estatais (próprias do *contentieux diplomatique*), e, por outro, as obrigações de um Estado *vis-à-vis* a comunidade internacional como um todo (obrigações *erga omnes*). Estas últimas -agregou a Corte - derivam, e.g., no direito internacional contemporâneo, *inter alia*, dos "princípios e regras referentes aos direitos fundamentais da pessoa humana", - sendo que determinados direitos de proteção "têm-se integrado ao direito internacional geral", e outros se encontram consagrados em instrumentos internacionais de caráter universal ou quase universal; caso da *Barcelona Traction* (Bélgica *versus* Espanha, 2a. fase), *ICJ Reports* (1970) p. 32, pars. 33-34.
103. Já é tempo de desenvolver sistematicamente o conteúdo, o alcance e os efeitos jurídicos das obrigações *erga omnes* de proteção no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo presente o grande potencial de aplicação da noção de *garantia coletiva*, subjacente a todos os tratados de direitos humanos, e responsável por alguns avanços já logrados neste domínio. O reconhecimento das obrigações *erga omnes* de proteção representa, em última análise, a resposta, no plano operacional, do reconhecimento, obtido na II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com as violações de direitos humanos em toda parte e a qualquer momento. Os esforços neste sentido certamente se prolongarão nestas primeiras décadas do século XXI, dada a dimensão do desafio do estabelecimento de tal *monitoramento contínuo*, que vem afirmar a universalidade dos direitos humanos nos planos não só conceitual como também operacional.
104. Há que dar seguimento à evolução alentadora da consagração das normas de *jus cogens*, impulsionada sobretudo pela *opinio juris* como manifestação da consciência jurídica universal, em benefício de todos os seres humanos; A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", 6/7 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434; e cf., recentemente, A.A. Cançado Trindade, "Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law", in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2008*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2009, pp. 3-29. - E cf., sobre as relações do *jus cogens* com as obrigações *erga omnes* de proteção, e.g., A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. supra n. (56), vol. II, pp. 412-420; Y. Dinstein, "The Erga Omnes Applicability of Human Rights", 30 *Archiv des Völkerrechts* (1992) pp. 16-37; A.J.J. de Hoogh, "The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective", 42 *Austrian Journal of Public and International Law* (1991) pp. 183-214; C. Annacker, "The Legal Regime of Erga Omnes Obligations in International Law", 46 *Austrian Journal of Public and International Law* (1994) pp. 131-166; M. Byers, "Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules", 66 *Nordic Journal of International Law* (1997) pp. 211-239.
105. A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional...", op. cit. supra n. (104), pp. 427-428 e 432-433; e cf. A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos

- Humanos”, 30/31 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2001) pp. 45-71; A.A. Cançado Trindade, “Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, 37 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 13-52.
106. F.A. von der Heydte, “L’individu et les tribunaux internationaux”, 107 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1962) pp. 332-333 e 329-330; e cf. A.A. Cançado Trindade, “The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations”, 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 715-765.
107. F.A. von der Heydte, *op. cit. supra* n. (106), p. 345.
108. *Ibid.*, pp. 356-357 e 302.
109. *Ibid.*, p. 301. Cf. também, a respeito, e.g., E.M. Borchard, “The Access of Individuals to International Courts”, 24 *American Journal of International Law* (1930) pp. 359-365.
110. Ricci-Busatti, Barão Descamps, Raul Fernandes e Lord Phillimore.
111. Cf. relato *in*: J. Spiropoulos, *L’individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 50-51; N. Politis, *op. cit. infra* n. (112), pp. 84-87; Marek St. Korowicz, “The Problem of the International Personality of Individuals”, 50 *American Journal of International Law* (1956) p. 543.
112. N. Politis, *Les nouvelles tendances du Droit international*, Paris, Libr. Hachette, 1927, pp. 76-77 e 69.
113. *Ibid.*, pp. 77-78.
114. *Ibid.*, pp. 82-83 e 89.
115. *Ibid.*, p. 90, e cf. pp. 92 e 61.
116. J. Spiropoulos, *op. cit. supra* n. (111), pp. 50-51.
117. *Ibid.*, pp. 25, 31-33 e 40-41.
118. *Ibid.*, pp. 42-43 e 65.
119. *Ibid.*, p. 44, e cf. pp. 49 e 64-65.
120. *Ibid.*, pp. 51-52, e cf. pp. 53 e 61.
121. *Ibid.*, p. 62, e cf. p. 66.
122. Tal artificialidade tem sido criticada na bibliografia especializada, já há muitos anos, inclusive por um ex-Presidente da CIJ; cf. R.Y. Jennings, “The International Court of Justice after Fifty Years”, 89 *American Journal of International Law* (1995) pp. 504-505. Do mesmo modo, já em fins da década de sessenta Shabtai Rosenne advertia que “nada há de inerente no caráter da própria Corte Internacional que justifique a exclusão completa de um indivíduo de comparecer perante a Corte em procedimentos judiciais de seu interesse direto”; cf. S. Rosenne, “Reflections on the Position of the Individual in Inter-State Litigation in the International Court of Justice”, *in International Arbitration Liber Amicorum for M. Domke* (ed. P. Sanders), The Hague, Nijhoff, 1967, p. 249, e cf. p. 242. - A atual prática de exclusão do *locus standi in judicio* dos indivíduos interessados ante a CIJ, - acrescentou S. Rosenne, - além de artificial, em certos casos contenciosos “pode até mesmo produzir resultados incongruentes”; torna-se, pois, “altamente desejável” que tal esquema seja reconsiderado, de modo a permitir que os próprios indivíduos interessados possam comparecer ante a CIJ (*locus standi*) para apresentar diretamente a esta última seus argumentos em casos contenciosos (*ibid.*, p. 249, e cf. p. 243).
123. Para um estudo, cf., e.g.: A.A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century”, 24 *Netherlands International Law Review* (1977) pp. 373-392; C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 109-128; M.St. Korowicz, *Une expérience de Droit international - La protection des minorités de Haute-Silésie*, Paris, Pédone, 1946, pp. 81-174; dentre outros. E, para um estudo geral, cf. A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327.
124. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit. infra* n. (136), vol. I, pp. 68-87.
125. Cf., recentemente, A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo...*, *op. cit. infra* n. (145), pp. 9-104.
126. A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 1ª. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 317-370.

127. Foi precisamente neste contexto de proteção que se operou o *resgate histórico* da posição do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade processual internacional (cf. *supra*).
128. No plano internacional, os Estados assumiram o monopólio da titularidade de direitos; os indivíduos, para sua proteção, foram deixados inteiramente à mercê da intermediação discricionária de seus Estados nacionais. O ordenamento internacional assim erigido, - que os excessos do positivismo jurídico tentaram em vão justificar, - dele excluiu precisamente o destinatário último das normas jurídicas: o ser humano.
129. Como o holocausto, o *gulag*, seguidos de novos atos de genocídio, e.g., no sudeste asiático, na Europa central (ex-Iugoslávia), na África (Ruanda).
130. Com incidência direta destes cânones nos métodos de interpretação das normas internacionais de proteção, sem necessariamente se afastar das regras gerais de interpretação dos tratados consagradas nos artigos 31-33 das duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986).
131. Por exemplo, sob o artigo 25 da Convenção Européia de Direitos Humanos; cf. H. Rolin, "Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission européenne des droits de l'homme", 9 *Revue hellénique de droit international* (1956) pp. 3-14, esp. p. 9; C.Th. Eustathiades, "Les recours individuels à la Commission européenne des droits de l'homme", in *Grundprobleme des internationalen Rechts - Festschrift für J. Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., 1957, p. 121; F. Durante, *Ricorsi Individuali ad Organi Internazionali*, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 125-152, esp. pp. 129-130; K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 96-98; M. Virally, "L'accès des particuliers à une instance internationale: la protection des droits de l'homme dans le cadre européen", 20 *Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève* (1964) pp. 67-89; H. Mosler, "The Protection of Human Rights by International Legal Procedure", 52 *Georgetown Law Journal* (1964) pp. 818-819.
132. Há que ter sempre presente que, distintamente das questões regidas pelo Direito Internacional Público, não raro levantadas horizontalmente sobretudo em nível *inter-estatal*, as questões atinentes aos direitos humanos situam-se verticalmente em nível *intra-estatal*, na contraposição entre os Estados e os seres humanos sob suas respectivas jurisdições. Por conseguinte, pretender que os órgãos de proteção internacional não possam verificar a compatibilidade das normas e práticas de direito interno, e suas omissões, com as normas internacionais de proteção, não faria sentido. Também aqui a especificidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos torna-se evidente. O fato de que este último vai mais além do Direito Internacional Público em matéria de proteção, de modo a abarcar o tratamento dispensado pelos Estados aos seres humanos sob suas jurisdições, não significa que uma interpretação conservadora deva se aplicar; muito ao contrário, o que se aplica é uma interpretação em conformidade com o caráter inovador - em relação aos dogmas do passado, tais como o da "competência nacional exclusiva" ou domínio reservado dos Estados, como emanção da soberania estatal, - das normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é o próprio Direito Internacional Público que se enriquece, na asserção de cânones e princípios próprios do presente domínio de proteção, baseados em premissas fundamentalmente distintas das que têm guiado seus postulados no plano das relações puramente inter-estatais. O Direito Internacional dos Direitos Humanos vem assim afirmar a aptidão do Direito Internacional Público para assegurar, no presente contexto, o cumprimento das obrigações internacionais de proteção por parte dos Estados *vis-à-vis* todos os seres humanos sob suas jurisdições.
133. Para um exame da matéria, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, *op. cit. supra* n. (53), pp. 68-87.
134. Cf. nesse sentido: Comissão Européia de Direitos Humanos (ComEDH), caso *Scientology Kirche Deutschland e.V. versus Alemanha* (appl. n. 34614/96), decisão de 07.04.1997, 89 *Decisions and Reports* (1997) p. 170; ComEDH, caso *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma e R. Rose versus Alemanha* (appl. n. 35208/97) decisão de 27.05.1997, p. 4 (não-publicada); ComEDH, caso *Federação Grega de Funcionários de Alfândega, N. Gialouris, G. Christopoulos e 3333 Outros Funcionários de Alfândega versus Grécia* (appl. n. 24581/94), decisão de 06.04.1995, 81-B *Decisions and*

- Reports* (1995) p. 127; ComEDH, caso *N.N. Taura e 18 Outros versus França* (appl. n. 28204/95), decisão de 04.12.1995, 83-A *Decisions and Reports* (1995) p. 130 (petições contra os testes nucleares franceses no atol de Mururoa e no de Fangataufa, na Polinésia francesa); ComEDH, caso *K. Sygounis, I. Kotsis e Sindicato de Policiais versus Grécia* (appl. n. 18598/91), decisão de 18.05.1994, 78 *Decisions and Reports* (1994) p. 77; ComEDH, caso *Asociación de Aviadores de la República, J. Mata el Al. versus Espanha* (appl. n. 10733/84), decisão de 11.03.1985, 41 *Decisions and Reports* (1985) p. 222. - Segundo esta mesma jurisprudência, para atender à condição de "vítima" (sob o artigo 25 [original] da Convenção) deve haver um "vínculo suficientemente direto" entre o indivíduo demandante e o dano alegado, resultante da suposta violação da Convenção.
135. CtEDH, caso *Norris versus Irlanda*, Julgamento de 26.10.1988, Série A, vol. 142, p. 15, par. 31.
136. Sobre a continuada importância do direito de petição individual sob a Convenção Européia, mesmo após a entrada em vigor do Protocolo n. 11 à mesma, cf. J. Wadham e T. Said, "What Price the Right of Individual Petition: Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights", 2 *European Human Rights Law Review* (2002) pp. 169-174; E.A. Alkema, "Access to Justice under the ECHR and Judicial Policy - A Netherlands View", in *Afmaelisrit for Vilhjálmsón*, Reykjavík, B. Orators, 2000, pp. 21-37; A. Debricon, "L'exercice efficace du droit de recours individuel", in *The Birth of European Human Rights Law - Liber Amicorum Studies in Honour of C.A. Norgaard* (eds. M. de Salvia e M.E. Villiger), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 237-242. E cf. Council of Europe, *Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights*, Strasbourg, C.E., 27.09.2002, pp. 7-89.
137. A evolução da noção de "vítima" (incluindo a vítima potencial) no Direito Internacional dos Direitos Humanos encontra-se examinada no curso que ministrei em 1987 na Academia de Direito Internacional da Haia: cf. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 243-299, esp. pp. 262-283. Cf. também, a respeito, J.A. Frowein, "La notion de victime dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme", in *Studi in Onore di G. Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 586-599; F. Matscher, "La Posizione Processuale dell'Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", in *ibid.*, pp. 602-620; H. Delvaux, "La notion de victime au sens de l'article 25 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme - Le particulier victime d'une violation de la Convention", in *Actes du 5ème. Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme* (Francfort, avril 1980), Paris, Pédone, 1982, pp. 35-78.
138. Antes mesmo da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (i.e., na prática inicial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos). - Lamento, pois, não poder compartilhar a insinuação constante em parte da bibliografia especializada européia contemporânea sobre a matéria, no sentido de que o direito de petição individual talvez não seja eficaz no tocante a violações sistemáticas e maciças de direitos humanos. A experiência acumulada no sistema interamericano de proteção aponta exatamente no sentido contrário, e graças ao direito de petição individual muitas vidas foram salvas e se logrou realizar a justiça em casos concretos em meio a situações generalizadas de violações de direitos humanos.
139. Cf. OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos - Actas y Documentos* (San José de Costa Rica, 07-22.11.1969), doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1978, pp. 43 e 47.
140. A outra modalidade de petição, a inter-estatal, só foi consagrada em base facultativa (artigo 45 da Convenção Americana, a contrário do esquema da Convenção Européia - artigo 24 - neste particular), o que realça a relevância atribuída ao direito de petição individual. Este ponto não passou despercebido da CtIA-DH, que, em seu segundo Parecer, sobre o *Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (de 24.09.1982), invocou esta particularidade como ilustrativa da "grande importância" atribuída pela Convenção Americana

- às obrigações dos Estados Partes *vis-à-vis* os indivíduos, por estes exigíveis sem a intermediação de outro Estado (par. 32).
141. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria...", *op. cit. supra* n. (1), pp. 3-68.
142. CtIADH, *caso Castillo Petruzzi versus Peru* (Exceções Preliminares), Sentença de 04.09.1998, Série C, n. 41, Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, pars. 1-46.
143. Em reconhecimento expresso da relevância do direito de petição individual, a Declaração e Programa de Ação de Viena, principal documento adotado pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993), conclamou sua adoção, como método adicional de proteção, por meio de Protocolos Facultativos à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (já adotado) e ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (já concluído, mas ainda não adotado); cf. Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, parte II, pars. 40 e 75, respectivamente. Aquele documento recomendou, ademais, aos Estados Partes nos tratados de direitos humanos, a aceitação de todos os procedimentos facultativos disponíveis de petições ou comunicações individuais (cf. *ibid.*, parte II, par. 90). – Para uma avaliação dos resultados da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), cf. A.A. Cançado Trindade, "Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)", 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994) pp. 9-57; A.A. Cançado Trindade, "Balance de los Resultados de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993)", in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. 3, San José de Costa Rica, IIDH, 1995, pp. 17-45; A.A. Cançado Trindade, "A Conferência Mundial de Direitos Humanos: Lições de Viena", 10 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (1994) pp. 232-237.
144. Como se pode deprender da Sentença sobre exceções preliminares de 23.03.1995 da CtEDH no caso emblemático *Loizidou versus Turquia*, em que a CtEDH descartou a possibilidade de restrições - pelas declarações turcas - em relação às disposições-chave do artigo 25 (direito de petição individual), e do artigo 46 [original] (aceitação de sua jurisdição em matéria contenciosa) da Convenção Européia. Sustentar outra posição, agregou, "não só debilitaria seriamente a função da Comissão e da Corte no desempenho de suas atribuições mas também diminuiria a eficácia da Convenção como um instrumento constitucional da ordem pública (*ordre public*) européia" (par. 75). A CtEDH descartou o argumento do Estado demandado de que se poderia inferir a possibilidade de restrições às cláusulas facultativas dos artigos 25 e 46 [originais] da Convenção por analogia com a prática estatal sob o artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ). A CtEDH não só lembrou a prática em contrário (aceitando tais cláusulas sem restrições) dos Estados Partes na Convenção Européia, mas também ressaltou o contexto fundamentalmente distinto em que os dois tribunais operam, sendo a CIJ "a free-standing international tribunal which has no links to a standard-setting treaty such as the Convention" (pars. 82 e 68). A CIJ, - reiterou a CtEDH, - dirime questões jurídicas no contencioso inter-estatal, distintamente das funções dos órgãos de supervisão de um "tratado normativo" (*law-making treaty*) como a Convenção Européia. Por conseguinte, a "aceitação incondicional" das cláusulas facultativas dos artigos 25 e 46 da Convenção não comporta analogia com a prática estatal sob o artigo 36 do Estatuto da CIJ (pars. 84-85).
145. Para um estudo, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 17-96, esp. pp. 61-76.
146. O estudo desta questão não pode fazer abstração das condições de admissibilidade de petições individuais; cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit. supra* n. (129) pp. 68-87; e *ibid.*, vol. III, 2003, capítulos XV e XVI.
147. Se desse modo não tivesse sido originalmente concebido e consistentemente entendido o referido direito de petição, muito pouco teria avançado a proteção internacional dos direitos humanos em mais de meio-século de evolução. Com a consolidação do direito de petição individual perante os tribunais internacionais de direitos humanos, a proteção internacional alcançou sua maturidade.

148. Sobre esse princípio, cf., recentemente, e.g., B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-Marseille/Paris, CERIC, 1999, pp. 7-491; [Vários Autores,] *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine* (Actes du Séminaire de Montpellier de 1998), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, pp. 15-113; E. Wiesel, "Contre l'indifférence", in *Agir pour les droits de l'homme au XXIe. siècle* (ed. F. Mayor), Paris, UNESCO, 1998, pp. 87-90.
149. Para um exame da subjetividade individual no pensamento filosófico, cf., e.g., A. Renaut, *L'ère de l'individu - Contribution à une histoire de la subjectivité*, [Paris,] Gallimard, 1991, pp. 7-299.
150. Cf., nesse sentido, e.g., L. Recaséns Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12a. ed., México, Ed. Porrúa, 1997, pp. 150-151, 153, 156 e 159.
151. L. Ferrajoli, *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*, 5a. ed., Madrid, Ed. Trotta, 2001, pp. 912-913.
152. Ch. Eisenmann, "Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin", 60 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1954) pp. 753-774, esp. pp. 754-755 e 771.
153. J. Dabin, *El Derecho Subjetivo*, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1955, p. 64.
154. Sobre o impacto deste Parecer Consultivo n. 16 (de 1999) da CtiADH na jurisprudência e prática internacionais contemporâneas, cf. A.A. Cançado Trindade, "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice", in *6 Chinese Journal of International Law* (2007) n. 1, p. 1-16.
155. Tão bem ressaltado, por exemplo, nos deradeiros escritos de Bertrand Russell, de Karl Popper, de Isaiah Berlin, dentre outros; cf. B. Russell, "Knowledge and Wisdom", *Essays in Philosophy* (ed. H. Peterson), N.Y., Pocket Library, 1960 (2a. impr.), pp. 498-499 e 502; K. Popper, *The Lesson of This Century*, London, Routledge, 1997, pp. 53 e 59; I. Berlin, "Return of the *Volksgeist*: Nationalism, Good and Bad", *At Century's End* (ed. N.P. Gardels), San Diego, Alt Publ., 1996, p. 94.
156. E nunca, como em nossos tempos, se verificou tanto aumento da prosperidade acompanhado de modo igualmente trágico de tanto aumento - estatisticamente comprovado - das disparidades econômico-sociais e da pobreza extrema.
157. Em um ensaio luminoso publicado há mais de meio século, no mesmo ano da adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos, o historiador Arnold Toynbee, questionando as próprias bases do que se entende por *civilização*, - ou seja, avanços bastante modestos nos planos social e moral, - lamentou que o domínio alcançado pelo homem sobre a natureza não-humana infelizmente não se estendeu ao plano espiritual; A.J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford, University Press, 1948, pp. 262 e 64. Outro historiador, Eric Hobsbawm, em nossos dias retrata o século XX como um período da história marcado sobretudo pelos crimes e loucura da humanidade. E. Hobsbawm, *Era dos Extremos - O Breve Século XX*, São Paulo, Cia. das Letras, 1996, p. 561. Que abusos e crimes tenham sido cometidos em nome do poder público é injustificável, porquanto o Estado foi concebido - não se deveria esquecer - como promotor e garante do bem comum; Jacques Maritain, *The Person and the Common Good*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1966 (reimpr. 1985), pp. 11-105.
158. O Direito Internacional tradicional, vigente no início do século XX, marcava-se pelo voluntarismo estatal ilimitado. Mas em meados do século passado reconheceu-se a necessidade da reconstrução do Direito Internacional com atenção aos direitos do ser humano, do que deu eloqüente testemunho a adoção da Declaração Universal de 1948, seguida, ao longo de cinco décadas, por mais de 70 tratados de proteção hoje vigentes nos planos global e regional. Afirmaram-se, assim, com maior vigor, os direitos humanos universais. Já não se sustentavam o monopólio estatal da titularidade de direitos nem os excessos de um positivismo jurídico degenerado, que excluía o ordenamento jurídico internacional o destinatário final das normas jurídicas: o ser humano.
159. A própria dinâmica da vida internacional cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regiam por regras derivadas inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. O positivismo voluntarista mostrou-se incapaz de explicar o processo de formação das normas do direito internacional geral, e se tornou evidente que só se poderia encontrar uma

- resposta ao problema dos fundamentos e da validade deste último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da idéia de uma justiça objetiva.
160. A. Truyol y Serra, *La Sociedad Internacional*, 9ª. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 97-98 e 167.
161. Cf. A.A. Cançado Trindade, A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409.
162. Consagrado no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 e vinculado às garantias do devido processo legal sob o artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.
163. Em virtude desse direito, toda pessoa deve ser *imediatamente* informada pelo Estado receptor de que pode contar com a assistência do cônsul do país de origem, antes de prestar qualquer declaração ante a autoridade policial local. Agregou a Corte que, em caso de imposição e execução da pena de morte sem a observância prévia do direito à informação sobre a assistência consular, tal inobservância afeta as garantias do devido processo legal, e *a fortiori* viola o próprio direito a não ser privado da vida *arbitrariamente*, nos termos do artigo 4 da Convenção Americana e do artigo 6 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas.
164. Este Parecer, pioneiro na jurisprudência internacional, tem tido notável impacto nos países da região, que têm buscado compatibilizar sua prática com o mesmo, buscando por um fim aos abusos policiais e às discriminações contra estrangeiros pobres e iletrados (sobretudo os trabalhadores migrantes), frequentemente vitimados por todo tipo de discriminação (inclusive *de jure*) e injustiça. A CtIADH deu assim uma considerável contribuição à própria evolução do Direito neste particular.
165. Audiências públicas de 28-29.01.1999 e 12.03.2001.
166. Quanto ao mérito, de 19.11.1999, e quanto às reparações, de 26.05.2001.
167. Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, "Democracia y Derechos Humanos: Desarrollos Recientes, con Atención Especial al Continente Americano", in *F. Mayor Amicorum Liber - Solidarité, Égalité, Liberté - Livre d'Hommage offert au Directeur Général de l'UNESCO à l'occasion de son 60e. Anniversaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 371-390.
168. Cf., para um estudo geral a respeito, A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 5a. ed., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2012, pp. 7-838.
169. Muito mais do que talvez se possa *prima facie* supor, a *consciência jurídica universal* tem, efetiva e reiteradamente, sido invocada tanto nas formulações doutrinárias como na prática internacional (dos Estados e das organizações internacionais); cf. A.A. Cançado Trindade, "Le déracinement et la protection des migrants dans le Droit international des droits de l'homme", 19 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* - Bruxelles (2008) n. 74, pp. 289-328.
170. Ao referir-me à "*ordre public* internacional" no presente domínio de proteção, não utilizo a expressão no sentido clássico em que foi invocada em outros ramos do direito (como no direito civil ou no direito administrativo); tampouco a utilizo no sentido da conhecida "*exceção de ordre public*" (de não-aplicação pelo juiz de determinadas normas de "*direito estrangeiro*"), própria do direito internacional privado (em que é tema recorrente). Entendo que, no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a noção de *ordre public* internacional se reveste de sentido inteiramente distinto, e de difícil definição, porquanto encerra valores que preexistem e são superiores às normas do direito positivo. Cf., a respeito, e.g., J. Foyer, "Droits internationaux de l'homme et ordre public international", in *Du droit interne au droit international - Mélanges R. Goy*, Rouen, Publ. Université de Rouen, 1998, pp. 333-348; G. Karydis, "L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable", 1 *Revue trimestrielle de droit européen* (2002) pp. 1 e 25. E sobre a evolução da chamada "*ordem jurídica comunitária*", cf. também L.S. Rossi, "Constitutionnalisation' de l'Union Européenne et des droits fondamentaux", 1 *Revue trimestrielle de droit européen* (2002) pp. 29-33. No âmbito do Direito Internacional Público, a própria comunidade internacional necessita o conceito de ordem pública ("*international public order*"), de modo a preservar seus princípios jurídicos básicos; H. Mosler, "The International Society as a Legal Community", 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 33-34; e cf. também, a respeito, G. Jaenicke, "International Public Order", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max Planck Institute),

- vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 314-318.
171. Nesse sentido, tem-se sugerido a emergência de um verdadeiro *jus commune* dos direitos humanos no plano internacional; cf. M. de Salvia, "L'élaboration d'un `jus commune' des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: l'oeuvre accomplie par la Commission et la Cour Européennes des Droits de l'Homme", in *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne - Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda* (eds. F. Matscher e H. Petzold), 2a. ed., Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 1990, pp. 555-563; G. Cohen-Jonathan, "Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", in *Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 168-169.
172. Estes valores são perfeitamente identificáveis, ao longo da parte operativa dos tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos, mas explicitados sobretudo em seus preâmbulos. Estes últimos tendem a invocar os ideais que inspiraram os respectivos tratados e instrumentos (de importância para a identificação do "espírito" dos mesmos), ou para enunciar seus fundamentos ou princípios gerais. Cf., a respeito, e.g., N. Bobbio, "Il Preambolo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", 57 *Rivista di Diritto Internazionale* (1974) pp. 437-438. Agrega o autor que o apelo aos valores, formulado frequentemente nos preâmbulos dos tratados de direitos humanos, "può assumere (...) l'aspetto di un'indicazione: a) dei fini o degli obiettivi; b) delle motivazioni; c) del fundamento della decisione" tomada no processo de elaboração do tratado em questão; *ibid.*, pp. 439-440.
173. Cf., nesse sentido, F. Sudre, "Existe t-il un ordre public européen?", in *Quelle Europe pour les droits de l'homme?* (ed. P. Tavernier), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 41, 50 e 54-67. - Para um estudo clássico do ordenamento jurídico, que buscou transcender o puro normativismo, cf. Santi Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002 [reimpr.], pp. 3-163.
174. Para um estudo de caso a respeito, cf. A.A. Cançado Trindade, E. Ferrero Costa e A. Gómez-Robledo, "Gobernabilidad Democrática y Consolidación Institucional: El Control Internacional y Constitucional de los *Internas Corporis* - Informe de la Comisión de Juristas de la OEA para Nicaragua (Febrero de 1994)", 67 *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Caracas* (2000-2001) n. 137, pp. 593-669.
175. Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, *op. cit. supra* n. (53), pp. 412-420; J.A. Carrillo Salcedo, "Droit international et souveraineté des États", 257 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1996) pp. 132-146 e 204-207; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 43-163 e 189-218.
176. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 81-184; R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 126-128, 243, 271-277 and 283.
177. A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005), caps. IX-X, pp. 252-317.
178. Cf., e.g., K. Parlett, *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 367-372.
179. Cf. item II, cf. *supra*.
180. A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, *op. cit. supra* n. (53), pp. 1039-1109.
181. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, *op. cit. supra* n. (2), pp. 107-172.
182. Cf. A.A. Cançado Trindade, "The Right of Access to Justice in the Inter-American System of Human Rights Protection", 17 *Italian Yearbook of International Law* (2007) pp. 7-24; A.A. Cançado Trindade, "Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte", 70 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2010) pp. 629-699.
183. A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236.
184. Para um estudo recente, cf. A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases*

- of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (Inaugural Address, 10.11.2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71.
185. A própria multiplicidade dos tribunais internacionais contemporâneos (um fenômeno alentador de nossos tempos) tem aumentado em muito o número de *justiciables* em todo o mundo, fomentando o acesso à justiça internacional na atualidade; cf., a respeito, A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Búsqueda de la Realización del Ideal de la Justicia Internacional", in *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz / Vitoria-Gasteizko Nazioarteko Zuzenbidearen eta Nazioarteko Harremanen Ikastaroak* – Universidad del País Vasco (2010) pp. 17-95; A.A. Cançado Trindade, "Os Tribunais Internacionais Contemporâneos e a Busca da Realização do Ideal da Justiça Internacional", 57 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (2010) pp. 37-67.
186. Para relatos pessoais dramáticos, cf. Primo Levi, *The Drowned and the Saved*, N.Y., Vintage, 1989 [reprint], pp. 11-203; J. Améry, *At the Mind's Limits*, Bloomington, Indiana Univ. Press, 1980, pp. 1-101. E cf. também os estudos de B.A. Valentino, *Final Solutions: Mass Killing and Genocide in the Twentieth Century*, Ithaca/London, Cornell University Press, 2004, pp. 17, 49, 55, 57, 71 e 235; Y. Ternon, *Guerres et génocides au XXe. siècle*, Paris, O. Jacob, 2007, pp. 14-15, 81-83, 138, 191, 279 e 376; G. Bensoussan, *Europe - Une passion génocidaire*, Paris, Éd. Mille et Une Nuits, 2006, pp. 53, 134, 220 e 228-229; J.A. Berry e C.P. Berry (eds.), *Genocide in Rwanda - A Collective Memory*, Washington D.C., Harvard University Press, 1999, pp. 3-4, 28-29 e 87; B. Bruneteau, *Le siècle des génocides*, Paris, A. Colin, 2004, pp. 41, 43, 222 e 229; E. Staub, *The Roots of Evil - The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge, University Press, 2005 [16th printing], pp. 29, 103, 121, 142 e 227; R.J. Bernstein, *El Mal Radical - Una Indagación Filosófica*, Buenos Aires, Lilmod, 2005, pp. 110-111, 145 e 290-291.
187. Cf. o meu Voto Arrazoadado (pars. 1-231) no Parecer Consultivo da CIJ sobre a *Declaração de Independência do Kosovo* (de 22.07.2010).
188. Cf. o meu Voto Dissidente (pars. 1-214) no caso da *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (Geórgia versus Federação Russa, Sentença da CIJ de 01.04.2011); cf. também o meu Voto Arrazoadado (pars. 1-184) no caso recente das *Questões Relativas à Obrigação de Julgar ou Extraditar* (Bélgica versus Senegal, Sentença da CIJ de 20.07.2012); e cf. o meu Voto Arrazoadado (pars. 1-118) no Parecer Consultivo da CIJ sobre a *Revisão de Sentença do Tribunal Administrativo da OIT, por Reclamação do FIDA* (de 01.02.2012).
189. Cf. o meu Voto Arrazoadado (pars. 1-101) no caso de *A.S. Diallo* (Guiné versus R.D. Congo, reparações, Sentença da CIJ de 19.06.2012).
190. Cf. o meu Voto Dissidente (pars. 1-316) no caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado* (Alemanha versus Itália, com intervenção da Grécia, Sentença da CIJ de 03.02.2012).

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE E A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO



Antônio Celso Alves Pereira

Professor de Direito Internacional dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Gama Filho; Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

– I –

Honrado com o convite para participar do Seminário *A Função Judicial no Direito Internacional e a Humanização do Direito*, evento acadêmico promovido pela Faculdade de Direito Milton Campos, em Belo Horizonte, nos dias 2, 3 e 4 de maio de 2011, em homenagem ao professor doutor Antônio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Internacional de Justiça, apresento, em seguida, a comunicação que tive o prazer de expor no painel intitulado “Direito Internacional Público e a Humanização do Direito Brasileiro”.

Caríssimo Professor Doutor Antônio Augusto Cançado Trindade, senhoras e senhores.

Preliminarmente, desejo salientar o que é do conhecimento de todos os presentes: é impossível, nos limites desse seminário, apresentar uma completa avaliação da contribuição doutrinária e jurisprudencial do nosso homenageado para o processo de humanização Direito Internacional e, da mesma forma, do Direito Brasileiro. Mestre incomparável, que, por sua obra doutrinária e por sua produção jurisprudencial, se destaca, internacionalmente, como um dos mais importantes construtores do Direito Internacional contemporâneo, Antônio Augusto Cançado Trindade foi juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, entre 1994 e 2008. Sua atuação nesse Tribunal, do qual foi presidente entre 1999 e 2004, foi memorável e fundamental para a construção, consolidação e efetividade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.¹ Eleito de forma consagradora, em 2008, pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, juiz do mais alto tribunal do mundo – a Corte Internacional de Justiça –, Antônio Augusto Cançado Trindade, a exemplo de sua atuação na Corte Interamericana, prossegue revolucionando o Direito Internacional por meio de co-

rajosos e substanciosos votos, trazendo novos ares à velha Corte, tradicionalmente acomodada e conservadora, portanto, infensa aos apelos sociais da contemporaneidade. Em relação ao que acabamos de afirmar, assevero que, ainda hoje, lamentavelmente, em diversos Tribunais nacionais e internacionais e, da mesma forma, no âmbito das comunidades acadêmicas do mundo, levados por arraigada filiação ao positivismo voluntarista, magistrados e autores de obras de Direito Internacional se mostram, em razão disso, incapazes de entender e acompanhar as mudanças sociais, políticas e culturais do nosso tempo. Não percebem a extensão das transformações que se operaram na natureza do Direito Internacional, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da progressiva consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.² Em seu voto concordante na Opinião Consultiva 16/99 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Cançado Trindade ensina o seguinte:

La corriente positivista-voluntarista, con su obsesión con la autonomía de la voluntad de los Estados, al buscar cristalizar las normas de ésta emanadas en un determinado momento histórico, llegó al extremo de concebir el derecho (positivo) *independientemente del tiempo*: de ahí su manifiesta incapacidad de acompañar los constantes cambios de las estructuras sociales (en los planos tanto interno como internacional), por no haber previsto los nuevos supuestos de hecho, no pudiendo, por lo tanto, dar respuesta a ellos; de ahí su incapacidad de explicar la formación histórica de las reglas consuetudinarias del derecho internacional. Las propias emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se deben a la reacción de la *conciencia jurídica universal* ante los recurrentes abusos cometidos contra



los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección.³

Nesse contexto, devo salientar o fato de que, nos últimos anos, vêm tramitando na Corte Internacional de Justiça casos realmente diversificados, diferentes das matérias que, tradicionalmente, têm sido submetidas pelos Estados ao julgamento daquele Tribunal, como se pode observar, por exemplo, entre outros: *Declaração Unilateral de Independência do Kosovo*; *Guiné versus República Democrática do Congo – violação de direitos fundamentais*; *Geórgia versus Rússia – violações da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*; *Bélgica versus Senegal – demanda por medidas provisórias em matéria de jurisdição universal*; *Alemanha versus Itália, sobre* imunidade de jurisdição do Estado Alemão diante de tribunais italianos, envolvendo Direito Internacional Público Geral e Regional, Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Recomendo aos presentes e a todos que se interessam, estudam ou pesquisam Direito Internacional, que procurem conhecer os revolucionários votos exarados nesses casos pelo juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, nos quais facilmente se pode identificar a sua preocupação com a dinâmica evolutiva e o processo de construção de um novo Direito Internacional, por ele muito bem caracterizado como um *novo jus gentium*, um direito verdadeiramente universal, ou seja, “*um direito comum da humanidade*”, capaz de enfrentar “os desafios contemporâneos, com a crença no poder da consciência humana”.⁴

Assim, ao percorrer a extensa obra jurídica de Cançado Trindade, percebe-se, de imediato, a densidade, a sólida fundamentação jurídica e filosófica, a erudição, a cultura humanista, enfim, a originalidade de sua vastíssima obra doutrinária, que abarca todos os institutos do Direito Internacional, publicada em várias línguas e expressa em dezenas de decisões jurisprudenciais, livros, monografias, coletâneas, artigos, relatórios, prefácios, estudos introdutórios e apresentações de livros, cursos ministrados no Brasil e nas principais instituições acadêmicas do mundo, com destaque, entre esses, para Curso Geral que ministrou na Academia de Direito Internacional da Haia, em 2005, sob o título *International Law for Humankind: Towards a new Jus Gentium*, volume 317 do *Recueil*, (dois volumes), além de brilhantes e numerosos pareceres (em torno de duzentos, emitidos entre 1985 e 1990) exarados ao tempo em que ele foi Consultor Jurídico do Ministério

das Relações Exteriores do Brasil. Nessa perspectiva, logo identificamos a sua permanente preocupação em afirmar e defender a posição do ser humano como sujeito de Direito Internacional, objetivo que se manifesta de forma clara e insofismável não somente em sua doutrina, mas, também, na verdadeira luta a que sempre se dispôs a enfrentar como juiz internacional, como professor e como cidadão a serviço da Humanidade. Nunca será demais destacar a firmeza e a coragem por ele demonstradas para tornar efetivas as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente dos julgados relativos às violações de direitos humanos perpetradas pela audácia autoritária do governo do presidente Alberto Fujimori. Este esforço para dar cumprimento às sentenças da Corte Interamericana nos chamados *Casos Peruanos* foi reconhecido e louvado pelo governo democrático que sucedeu ao regime fujimorista, e, da mesma forma, por membros dos Poderes Judiciário e Legislativo, e por entidades da sociedade civil do Peru, por ocasião das homenagens que foram prestadas ao então presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, durante suas visitas oficiais ao Peru, em 12/09/2001 e 18/01/2003, e nas comemorações relativas ao encerramento, em Lima, do ano judicial de 1983, pelo pleno do Tribunal Constitucional.

Não posso deixar de assinalar que na obra doutrinária e nas decisões de Cançado Trindade como magistrado soblevam-se as lições, iniciativas e esforços para consolidar o novo Direito Internacional em bases verdadeiramente humanistas,⁵ cujos antecedentes estão nas obras dos mestres fundadores do Direito Internacional. Creio que vale, no caso, citar a sua lição:

(...) A renovação corrente do ordenamento jurídico internacional, sobre bases humanas, vem tomando por fundamento conceitual cânones inteiramente distintos dos do ordenamento meramente interestatal, como o são os da realização de valores comuns superiores, da titularidade de direitos do próprio ser humano, da garantia coletiva de sua realização, e do caráter objetivo das obrigações de proteção. Por conseguinte, têm-se afirmado, com crescente vigor, os direitos humanos universais. Os próprios Estados pareceram dar-se conta, sobretudo ante as catástrofes do século XX, de que *necessitavam* uma verdadeira comunidade internacional, fundamentada na solidariedade e não mais nas soberanias excludentes.

Um novo cenário internacional passou a desvendar-se, em que não mais se sustentava o monopólio estatal da titularidade de direitos,

e em que se afigurava esgotado e superado o modelo westphaliano do ordenamento internacional. De certo modo, a própria dinâmica da vida internacional cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regiam por regras derivadas única e inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. O positivismo voluntarista mostrou-se incapaz de explicar o processo de formação das normas do direito internacional geral, e se tornou evidente que só se poderia encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade deste último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da idéia de uma justiça objetiva.

O ordenamento internacional das soberanias cedeu efetivamente terreno ao da solidariedade. Esta profunda transformação do ordenamento internacional começou a desencadear-se a partir do reconhecimento da necessidade de reconstrução do direito internacional com atenção aos direitos do ser humano, do que deu eloqüente testemunho a proclamação das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos de 1948, seguidas, ao longo de cinco décadas, por mais de 70 tratados de proteção hoje vigentes no plano global e regional.⁶

No *Prólogo* à obra de Cançado Trindade, *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*,⁷ Juan Antonio Carrillo Salcedo, chama a atenção para a “apaixonada defesa de Cançado Trindade de duas aspirações: o acesso direto das vítimas de violações de direitos humanos a Tribunais Internacionais e a jurisdição obrigatória destes”. De fato, são constantes em suas atividades como jusinternacionalista, como doutrinador e magistrado internacional os esforços para que seja assegurado ao indivíduo, no exercício de sua subjetividade internacional, o acesso direto à Corte Interamericana de Direitos Humanos. O artigo 61 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao dispor que somente os Estados Partes e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos têm direito de submeter caso à decisão da Corte, interdita, em consequência, o acesso direto à Corte Interamericana das supostas vítimas, ou de seus familiares. Na medida em que, até agora, não se conseguiu aprovar um Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos modificando essa situação, como já aconteceu no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, Cançado Trindade, quando presidente da Corte Interamericana, promoveu a reforma do artigo 23 do Regulamento da Corte, fato, a partir do qual, as

supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes passaram a ter o direito de peticionar e apresentar, de forma autônoma, argumentos e provas durante a tramitação do Caso na Corte. Essa medida constitui inquestionável avanço no processo de humanização e democratização do Sistema Americano de Proteção dos Direitos Humanos, enquanto se aguarda a esperada aprovação do Protocolo adicional à Convenção Americana assegurando o acesso direto à Corte.

Outro elemento de destaque na doutrina e na produção jurisprudencial de Cançado Trindade concentra-se em sua contribuição para a consolidação das normas imperativas em Direito Internacional e na consagração da obrigação *erga omnes* de proteção. Sem a consolidação dessas obrigações – assinala –, “em meio à incidência das normas *de jus cogens*, pouco avançaremos na luta contra o poder arbitrário e na proteção do ser humano contra os atos de barbárie e as atrocidades contemporâneas.(...) Em suma e conclusão, nosso propósito deve residir em definitivo no desenvolvimento *doutrinário e jurisprudencial das normas peremptórias do direito internacional (jus cogens)* e das correspondentes obrigações *erga omnes* de proteção do ser humano”.⁸ Se hoje avançamos para a consagração definitiva das normas de *jus cogens* em matérias que vão além do Direito dos Tratados, devemos muito ao esforço de Cançado Trindade nesse domínio. Para um melhor conhecimento do que acabo de afirmar, recomendo a consulta ao voto separado de Cançado Trindade no *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*, parágrafos 38/47.

Senhoras e senhores:

Na medida em que o tema central desse seminário é a função judicial e a humanização do Direito Internacional, não posso deixar de trazer à discussão a preocupação de Cançado Trindade com o sofrimento humano e as suas lições em relação ao conceito de vítima, no marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Entre tantas de suas manifestações nesse sentido, indico o voto em separado que exarou no *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*, no qual, ao descrever o sofrimento da irmã da vítima, Irene Ximenes Lopes Miranda, exposto no depoimento que ela prestou na audiência pública promovida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos dias 30 de novembro e 1º de dezembro de 2005, Cançado Trindade mostra-se profundamente sensibilizado com as declarações da testemunha sobre o sofrimento e o efeito devastador sobre toda a família do assassinato violento do indefeso Damião Ximenes Lopes. Trata-se de um texto judicial pleno de humanismo, que precisa ser

conhecido por todas as pessoas que se preocupam com a proteção dos direitos humanos e a realização da justiça.⁹ Assim, com remissão ao seu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, pp. 434-436, parágrafos 48 e 50, acentuando seu afligimento com a projeção do sofrimento humano no tempo e a centralidade das vítimas no Direito Internacional dos Direitos Humanos, pondera o seguinte:

15. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao orientar-se essencialmente à condição das vítimas, tem em muito contribuído a restituir-lhes a posição central que hoje ocupam no mundo do Direito, - o que tem sua razão de ser. A centralidade das vítimas no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos, insuficientemente analisada pela doutrina jurídica contemporânea até o presente, é da maior relevância e acarreta conseqüências práticas. Na verdade, é da própria essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, porquanto é na proteção estendida às vítimas que este alcança sua plenitude. Mas o *rationale* de sua normativa de proteção não se esgota no amparo estendido a pessoas já vitimadas. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, por sua própria existência, universalmente reconhecida em nossos dias, protege os seres humanos também por meio da prevenção da vitimização. O alcance de seu *corpus juris* deve ser, pois, apreciado também sob esse prisma. (...)

O Direito Internacional dos Direitos Humanos contribui, assim, decisivamente, ao processo de *humanização* do Direito Internacional. O tratamento dispensado aos seres humanos pelo poder público não é mais algo estranho ao Direito Internacional. Muito ao contrário, é algo que lhe diz respeito, porque os direitos de que são titulares todos os seres humanos emanam diretamente do Direito Internacional. Os indivíduos são, efetivamente, sujeitos do direito tanto interno como internacional. E ocupam posição central no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sejam ou não vítimas de violações de seus direitos internacionalmente consagrados.

Nesse mesmo contexto, cito também os votos separados de Cançado Trindade no julgamento, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, do *Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*¹⁰ e nas *Opiniões Consultivas – O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, OC-16/99 de 1º de outubro

de 1999 –, *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança* – OC-17/02 de 28 de agosto de 2002 –, e *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados* – OC-18 de 17 de setembro de 2003, documentos que expressam decisões jurisprudenciais pioneiras, avançadíssimas e de enorme repercussão internacional. Sublinhando o dever do Estado de proteger a vida de pessoas vulneráveis, indefesas, portanto, mais débeis e em situação de risco, como são os crianças que vivem nas ruas das grandes cidades dos países pobres do mundo, Cançado Trindade, no *Caso Niños de la Calle*, ao propugnar por uma interpretação do direito à vida que compreenda condições mínimas para uma existência digna, chama a atenção para o fato de que o projeto de vida do ser humano se encontra indissolúvelmente vinculado à liberdade de cada pessoa de eleger seu próprio destino. No voto separado que apresentou na mencionada *Opinião Consultiva sobre os Direitos da Criança*, Cançado Trindade ressalta que, em consequência dos princípios e normas relativos aos direitos da criança, que se consolidaram ao longo do século XX, tais direitos, finalmente, se desprenderam do velho instituto romano do pátrio poder, enfatizando, ainda, que, sob o prisma internacional, o fundamento jurídico da autoridade paterna passa a ser o interesse superior da criança, fato que deixa, bem claro, o reconhecimento da personalidade internacional e da condição jurídica autônoma da criança, no marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Completa essas assertivas afirmando: “La concepción kantiana de la persona humana como un fin en sí mismo abarca naturalmente los niños, todos los seres humanos *independientemente de las limitaciones de su capacidad jurídica (de ejercicio)*”.¹¹ Nessa mesma linha, estão os votos separados concordantes na aprovação das Opiniões Consultivas 16 e 18. Sob a presidência de Cançado Trindade, e contando com sua ativa participação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu, atendendo a uma consulta do México, a *Opinião Consultiva OC-16/99*. Trata-se de decisão de cunho jurisprudencial que deixa claro que o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares reconhece ao estrangeiro detido no Estado receptor o direito à informação sobre a assistência consular, circunstância que situa o referido artigo 36 no quadro dos dispositivos internacionais de proteção dos Direitos Humanos. A OC-16/99 determina também que Estado receptor deverá estender ao estrangeiro detido em seu território garantias judiciais mínimas, como o devido processo legal, os direitos à informação e de entrar em imediato contato com as autoridades

consulares do seu país e, ainda, o direito de não sofrer discriminação de qualquer espécie. Assim, em seu magnífico voto concordante na aprovação da Oc-16/99, Cançado Trindade expõe o seguinte:

En el mundo interdependiente de nuestros días, la relación entre el derecho a la información sobre la asistencia consular y los derechos humanos se impone por aplicación del principio de la no-discriminación, de gran potencial (no suficientemente desarrollado hasta la fecha) y de importancia capital en la protección de los derechos humanos, extensiva a este aspecto de las relaciones consulares. Tal derecho, situado en la confluencia entre dichas relaciones y los derechos humanos, contribuye a extender el manto protector del Derecho a aquellos que se encuentran en situación de desventaja - los extranjeros detenidos - y que, por eso, más necesitan de dicha protección, sobre todo en los medios sociales constantemente amenazados o atemorizados por la violencia policial (párrafo 28).¹²

Por outro lado, o deslocamento de contingentes humanos de um país para o outro, em busca de melhores condições de vida, de oportunidades de trabalho – a migração voluntária - ou para fugir de guerras, perseguições políticas, raciais ou religiosas, bem como de desastres ambientais– a migração forçada - é um fenômeno social sempre presente na história da humanidade. Nas últimas décadas, a questão dos fluxos migratórios figura com destaque na pauta internacional. É do conhecimento geral o fato de que, quase sempre, nos Estados receptores, os emigrantes, principalmente os indocumentados, são submetidos a toda sorte de discriminações, de violações de seus direitos laborais por empregadores inescrupulosos, enfim de violências e adversidades afrontosas à dignidade humana.

Em 10 de maio de 2002 o governo do México, apreensivo com situação dos seus nacionais que ganham a vida fora do território nacional – em grande parte indocumentados –, com fundamento no artigo 64.1 da *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, solicitou à Corte Interamericana de Derechos Humanos *Opinião* sobre os direitos trabalhistas que devem ser assegurados aos trabalhadores imigrantes indocumentados. Atendendo ao pedido, a Corte Interamericana, sob a presidência de Cançado Trindade, emitiu, como já me referi, a *Opinião Consultiva 18*, documento inovador, de largo alcance jurídico e de inegável conteúdo social, e que, devido a sua força jurisprudencial, constitui considerável avanço no processo de humanização do Direito Internacional. Os Estados

– esclareceu a Corte – têm a obrigação geral de respeitar e garantir dos direitos fundamentais de todos aqueles que se encontram sob sua jurisdição. Devem também, sob pena de serem responsabilizados internacionalmente, evitar ações e suprimir medidas e práticas que limitem ou violem direitos fundamentais. Assim, após destacar a situação de vulnerabilidade em que se encontram os migrantes nos Estados receptores, principalmente os indocumentados, Cançado Trindade, em seu belíssimo voto concordante lembra que os princípios da igualdade e da não discriminação constituem pilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos e integram o Direito Internacional Geral ou Consuetudinário. Prossegue, em seu voto, assinalando que a discriminação é definida nas Convenções setoriais, que têm como objetivo combater e eliminá-la, como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou limitação, ou privilégio em detrimento dos direitos humanos nelas consagrados. A proibição da discriminação abarca tanto a totalidade destes direitos, no plano substantivo, como as condições de seu exercício no plano processual”. Completa seu voto com a seguinte lição:

88. El hecho de que, a pesar de todos los sufrimientos de las generaciones pasadas, persistan en nuestros días nuevas formas de explotación del hombre por el hombre, - tales como la explotación de la fuerza laboral de los migrantes indocumentados, la prostitución forzada, el tráfico de niños, el trabajo forzado y esclavo, en medio al aumento comprobado de la pobreza y la exclusión y marginación sociales, al desarraigo y la desagregación familiar, - no significa que “falta reglamentación” o que el Derecho no exista. Significa más bien que el Derecho está siendo ostensiva y flagrantemente violado, día a día, en detrimento de millones de seres humanos, entre los cuales los migrantes indocumentados en todo el mundo. Al insurgirse contra estas violaciones generalizadas de los derechos de los migrantes indocumentados, que afrentan la conciencia jurídica de la humanidad, la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana contribuye al proceso en curso de la necesaria *humanización* del Derecho Internacional.

89. Al hacerlo, la Corte Interamericana tiene presentes la universalidad y unidad del género humano, que inspiraron, hace más de cuatro siglos y medio, el proceso histórico de formación del derecho de gentes. Al rescatar, en la presente Opinión Consultiva, la visión universalista que marcó los orígenes de la mejor doctrina del Derecho Internacional, la Corte

Interamericana contribuye para la construcción del nuevo *jus gentium* del siglo XXI, orientado por los principios generales del derecho (entre los cuales el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación), caracterizado por la intangibilidad del debido proceso legal en su amplio alcance, sedimentado en el reconocimiento del *jus cogens* e instrumentalizado por las consecuentes obligaciones *erga omnes* de protección, y erigido, en última instancia, sobre el pleno respeto y la garantía de los derechos inherentes a la persona humana.

– II –

Nos limites do tempo que me foi destinado, apresso-me para apresentar breves notas sobre a inestimável contribuição de Cançado Trindade para a humanização do direito brasileiro. De 1985 a 1990, ele exerceu com brilhantismo as altas funções de Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores. Nesse período exarou mais de duzentos pareceres, que são, de fato, preciosas lições de Direito Internacional.¹³ Nessa questão há um fato deveras importante, ou seja, sua atuação como Consultor Jurídico do Itamaraty se deu em uma das fases mais marcantes da história política do Brasil contemporâneo, uma vez que coincidiu com início do processo de redemocratização do nosso país e com a Constituinte de 1987/1988. Como se sabe, os governos militares, em matéria de Direitos Humanos, faziam um jogo de esperteza, ou seja, enviavam delegações às conferências que se sucediam nas esferas global e regional, nas quais nossos delegados, cumprindo competentemente suas missões, participavam propositivamente das mesmas, porém, ao final, não ratificavam os instrumentos aprovados. Foi assim na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos – San José, Costa Rica, 1969 –, na qual o Brasil teve participação ativa nas discussões do projeto que redundou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Esta, como sabemos, somente seria ratificada após o término do período autoritário.

A atuação do Professor Antônio Augusto Cançado Trindade como consultor jurídico do Itamaraty foi fundamental para a humanização do direito brasileiro. Considero importante seu depoimento sobre o assunto. Em 1991, escrevia:

Tendo sido sempre rigorosamente fiel à causa da consolidação, expansão e fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos, tem sido para mim um privilégio gratificante poder contribuir para o processo de

tomada de decisão de adesão do Brasil aos tratados gerais de proteção internacional dos direitos humanos (os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Quando estes tratados jaziam em inexplicável olvido em um país com as dimensões do Brasil, pouquíssimos fomos os que, com paciência e determinação, contribuímos, no exercício de nossas funções e responsabilidades, para sensibilizar os governantes para a premente necessidade de adesão do Brasil àqueles tratados. Recordo-me da época em que emiti nesse propósito meu Parecer CJ/01, de 16-8-1985, dos momentos, dos momentos difíceis, nos meses de agosto a outubro de 1985, da tomada de decisão nesse sentido, que requereu romper resistências e a força da inércia estribada em velhos e simplórios dogmatismos, desprovidos de todo e qualquer fundamento jurídico, e sedimentados ao longo de suas décadas de regime militar (reproduzidos, e. g. no parecer externo, de 20-4-1981, que bloqueou na época qualquer iniciativa do Itamaraty de propor a adesão do Brasil aos referidos pactos humanitários).¹⁴

Os Pareceres do então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores demonstraram, naquela altura, a necessidade e a premência de uma nova posição do Brasil em matéria de Direitos Humanos e fundamentaram, juridicamente, as propostas e exposições de motivos do Ministério das Relações Exteriores relativas à ratificação dos instrumentos internacionais de proteção e monitoramento dos Direitos Humanos que os governos militares negaram-se a internalizar no Brasil. Apoiado no Parecer por ele exarado em 16 de agosto de 1985, sob o título *O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos para o Reexame da Posição do Brasil*, o Ministério das Relações Exteriores, em 29 de outubro do mesmo ano, encaminhou ao Presidente da República a proposta de adesão do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos e, posteriormente, em 22 de novembro de 1985, aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas. Transformadas em mensagens do poder Executivo ao Congresso Nacional, que reproduziam trechos completos do Parecer do Consultor Jurídico do Itamaraty, foram os citados instrumentos ratificados em 1992. Nas palavras finais desse Parecer, Cançado Trindade ressalta que a adesão do Brasil representaria, naqueles primeiros tempos do processo de redemocratização do país, uma retomada das nossas melhores tradições ju-

rídico-diplomáticas, além da real possibilidade de projeção da imagem do Brasil como país respeitador e garantidor dos direitos humanos no plano internacional; “mais significativamente – conclui –, a adesão do Brasil aos mencionados tratados humanitários constitui compromisso ou garantia adicional, no plano já não só nacional como também internacional, para as *gerações presentes e futuras de brasileiros*, de efetiva proteção contra a violação dos direitos fundamentais do ser humano, a qual repugna a índole, a consciência e os mais caros valores dos brasileiros”.¹⁵

No Parecer nominado *O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos (Instrumentos e Cláusulas Facultativas): Fundamentos Jurídicos para a Consolidação da Nova Posição do Brasil*, de 18 de outubro de 1989,¹⁶ Cançado Trindade oferece os fundamentos jurídicos para a adesão do Brasil a uma série de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, entre os quais, os dois Protocolos às Convenções de Genebra de 1949, às duas convenções das Nações Unidas contra o *Apartheid* de 1973 e 1985 e ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Nesse contexto, devo mencionar, também, as sugestões de Cançado Trindade para a retirada das reservas à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, à qual o Brasil aderiu em 1984. De passagem menciono que essa convenção foi importante fonte do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal e, posteriormente, da Lei Maria da Penha. Peço licença para voltar ao parecer de 16 de agosto de 1985, o primeiro, como já me referi, redigido por Cançado Trindade como Consultor Jurídico do Itamaraty. Recomendo a leitura desse texto a todos que se interessam por uma excelente lição de Direito Internacional e, em muitos aspectos, de Direito Público Interno. Trata-se de um extenso e completo estudo sobre as questões mais atuais do Direito Internacional Geral e, especialmente, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, abarcando, por exemplo, a dialética entre soberania e direitos humanos, questões relativas à interpretação, reservas, cláusulas de exceções e outros temas pertinentes ao direito dos tratados, conflitos entre as jurisdições nacional e internacional, bem como salvaguardas dos Estados, instrumentos de proteção, mecanismos de solução pacífica de controvérsias e uma esclarecedora análise da tradição e da prática brasileiras em matéria de direitos humanos. Nesse Parecer, como também em outras de suas obras¹⁷, são claras e definitivas suas lições sobre

as relações entre os direitos interno e internacional. Salientando que essas relações não podem ser compreendidas “à luz de uma visão estática e ultrapassada do direito internacional e *a fortiori* das relações deste com o direito interno, escreve:

Nos dias de hoje, dificilmente, se poderia sustentar que a proteção dos direitos humanos recairia sob o domínio reservado dos Estados. Em nada surpreende que a interpretação dos atuais sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, orientada para a responsabilidade do Estado pelo tratamento do ser humano, se conforme aos próprios objetivos daqueles sistemas voltados não aos chamados direitos dos Estados, mas aos direitos das supostas vítimas, dos mais fracos, em situação de flagrante desigualdade fática *vis-à-vis* o poder público.¹⁸

Como mencionamos anteriormente, Cançado Trindade ocupou as altas funções de Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores de 1985 a 1990. Entretanto, em 15 de abril de 1994, a Chancelaria brasileira, considerando sua condição de jusinternacionalista de reconhecido prestígio internacional e, no caso, sua *expertise* em Direito Internacional dos Direitos Humanos, solicitou-lhe Parecer sobre os fundamentos jurídicos para a assinatura, pelo Brasil, do Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte, de 1990, e a sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.¹⁹

Este Parecer levou o Brasil a ratificar o citado Protocolo, em 13 de agosto de 1996, cujo artigo 1º expressa que “os Estados Partes não aplicarão em seu território a pena de morte a nenhuma pessoa submetida a sua jurisdição”. Do ponto de vista interno, o Parecer de Cançado Trindade esclareceu as autoridades brasileiras e o público em geral sobre a impossibilidade de sucesso, por claras proibições de ordem legal, das pretensas propostas de inclusão na legislação brasileira da pena capital. Nesta linha o documento rebate, de forma definitiva, os argumentos que, de quando em quando, aparecem na imprensa brasileira sobre a implantação desse tipo de pena no Brasil. Em artigo publicado na Folha de São Paulo, edição de 15 de março de 1993, Cançado Trindade, com toda razão, afirma que esse debate no Brasil “*é extemporâneo, ocioso e pernicioso, se não patético*”.

Após demonstrar a evolução limitativa e abolicionista da pena de morte sob o Direito Internacional, numa tendência proibitiva universal, como se depara, além do que dispõe o II Protocolo

à Convenção Americana, as restrições e proibições constantes no II Protocolo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas sobre a Abolição da Pena de Morte e, da mesma forma, no Protocolo VI à Convenção Européia de Direitos Humanos sobre a Abolição da Pena de Morte, Cançado Trindade, em seu Parecer, assinala que o “Brasil é Parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo artigo 4 consagra o direito à vida como um direito inderrogável. Como tal, este direito, e suas garantias, não admitem suspensão ou qualquer tipo de restrições (artigo 27 (2) da Convenção). O artigo 4 (3), que trata do direito à vida, determina o seguinte: “Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”. Cançado Trindade lembra que o Brasil, ao tornar-se Parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 25/09/1992, não apresentou, no momento oportuno, reservas ou quaisquer declarações interpretativas ao referido dispositivo da dita Convenção, e não pode mais fazê-lo. Obriga-se, portanto, ao pleno cumprimento desta obrigação internacional. Além do mais, argumenta:

(...) Impõe-se uma interpretação do artigo 4 da Convenção Americana *em seu conjunto*, o qual revela uma inequívoca tendência restritiva do âmbito de aplicação da pena de morte mesmo nos países em que esta subsiste, de modo que continue se reduzindo até sua supressão final. Enquanto o artigo 4 (4) da Convenção busca suprimir a pena de morte para determinados delitos (políticos e comuns conexos), o artigo 4 (2) estabelece a proibição absoluta de estender no futuro a aplicação da pena de morte (para toda classe de delito). Há, pois, como assinalou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (em parecer sobre Restrições à Pena de Morte, de 8 de setembro de 1983), uma proibição absoluta, *ipso jure*, não só do restabelecimento da pena capital (artigo 4 (3)), como também da extensão de sua aplicação (ou de legislação *a posteriori* nesse propósito) a delitos para os quais não estava contemplada anteriormente pelo direito interno dos Estados Partes.²⁰

Ainda com referência à normativa internacional sobre a questão da abolição da pena de morte, Cançado Trindade chama a atenção nesse Parecer para o fato de que, além do que já foi dito, deve-se considerar que proibições e restrições à pena capital figuram nas quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário, de 1949, bem como de seus dois Protocolos

Adicionais datados de 1977, instrumentos dos quais o Brasil é Parte.

Evocando o direito interno brasileiro, ao destacar o artigo 5º (XLVII, letra a) da Constituição Federal de 1988, cujo texto dispõe que não haverá pena de morte no Brasil, salvo em caso de guerra declarada e visando delitos sumamente graves de natureza militar, e ainda, o artigo 60 (4) da mesma Constituição, que estabelece que não será objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais, Cançado Trindade deixa claro em seu Parecer que a questão da pena de morte no Brasil é matéria superada. Lembra, ainda, o ilustre mestre, que a questão foi tratada de forma definitiva pelo Estado brasileiro, uma vez que foi objeto de apreciação e deliberação de *poder constituinte originário*. E conclui:

(...) a partir do momento em que o Brasil, pela adesão à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, se comprometeu a não mais sequer cogitar da aplicação da pena de morte no país, no futuro nenhum poder constituinte, nem mesmo originário, estaria facultado a proceder a uma revisão tomada -, exceto se se ousasse cogitar de uma denúncia bizarra da Convenção Americana, o que exporia o país ao opróbrio da comunidade internacional.

A *Constituição de 1988*, ao dispor que a República Federativa do Brasil tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e que, nas relações internacionais, nosso país rege-se pela prevalência dos direitos humanos, estabeleceu definitivamente as bases do processo de humanização do direito brasileiro. Convidado a oferecer subsídios à redação do capítulo da futura Constituição relativo aos direitos e garantias fundamentais, Cançado Trindade apresentou proposta, que foi aceita, e hoje faz parte da nossa atual Carta Constitucional, de inclusão no artigo 5º do parágrafo 2º, que agrega aos direitos e garantias expressos na Constituição os direitos e garantias fundamentais decorrentes dos tratados, em que a República Federativa do Brasil seja parte. Portanto, em decorrência desse dispositivo constitucional a Constituição de 1988 incorpora, com hierarquia constitucional, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Sobre assunto, escreve Cançado Trindade:

O disposto no artigo 5(2) da Constituição Brasileira de 1988, (...) além de inserir-se na nova tendência de recentes Constituições latino-americanas de conceder um tratamen-

to especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos neles garantidos passam, consoante os artigos 5 (2) e 5 (1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.²¹

Não vou, neste momento, discutir a polêmica desnecessária que se instalou na doutrina e na jurisprudência sobre esse tema. Basta-me a certeza de que o § 2º do artigo 5º da Constituição de 1988 é um dispositivo aberto, que confere hierarquia constitucional aos tratados de direitos huma-

nos ratificados pelo Brasil. Portanto, a inclusão do § 3º no citado artigo 5º pela Emenda Constitucional 45 foi, entendo, uma medida desnecessária e claramente inoportuna. Um desserviço à clareza do disposto no § 2º.

– III –

Senhoras e senhores, colegas professores, prezados estudantes.

Concluindo estas notas, desejo, mais uma vez, manifestar minha satisfação pela oportunidade de participar desse evento em homenagem a este grande brasileiro, Professor Doutor Antônio Augusto Cançado Trindade, jusinternacionalista a serviço da Humanidade, que, em sua cátedra, na magistratura internacional e em sua extensa e importantíssima obra jurídica vem, de forma incansável e corajosa, trabalhando para construir o novo Direito Internacional em bases realmente humanas e torná-lo, de fato, instrumento de proteção do ser humano contra as arbitrariedades, as discriminações de qualquer espécie e as violações de seus direitos e garantias imprescindíveis à vida com dignidade.

NOTAS

1. Para um melhor conhecimento da contribuição jurisprudencial de Antônio Augusto Cançado Trindade para a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, consultar, de sua autoria, *El Ejercicio de la función judicial internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011 e, da mesma forma, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Esencia y trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*. México: Editorial Porrúa, 2007. Sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ver: Cançado Trindade, A. A. e Ventura Robles, Manuel E. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 3ª edição. San José, C.R.: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 2005.
2. Ver Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, pp. 7/118.
3. Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16*.
Cançado Trindade, Antônio Augusto. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1086.
5. Ver, Cançado Trindade, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
6. Cançado Trindade, Antônio Augusto. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, 1.163 pp., especialmente pp. 1.076/1.077. Ver também, do autor, o ensaio *A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito de Direito Internacional*. In: Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional – Cidadania, democracia e direitos humanos. Danielle Annoni – Organizadora. Rio de Janeiro: América Jurídica Editora, 2002, pp. 1/32.
7. Bilbao: Universidad de Deusto, 2001, pp. 11/17.
8. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, V. II, pp. 417/419.
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006 (Mérito, Reparaciones e Custas)*.
10. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 199 (Fondo)*.
11. Corte Interamericana de Derechos Humanos – *Opinião Consultiva 17 de 28 de agosto de 2002*.
12. “Em seu décimo-sexto Parecer, a Corte vinculou o direito à informação sobre a assistência consular às garantias do devido processo legal em evolução, e acrescentou que sua não-observância em caso imposição e execução de pena de morte acarreta um privação arbitrária do próprio direito à vida (nos termos do artigo 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do artigo 6 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, com todas a conseqüências jurídicas inerentes a uma violação desse gênero”. Cançado Trindade, Antônio Augusto *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. III, p. 64
13. Os Pareceres estão reunidos na publicação organizada por Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros – *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, volume VIII (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004, 680 páginas.
14. Cançado Trindade, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp.621/622.
15. Para consulta ao texto completo deste importante e histórico Parecer ver Cançado Trindade, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, pp. 520/563 e, da mesma forma, ver também *Pareceres do Consultor Jurídico do Itamaraty*, volume VIII, pp. 104/105.
16. *Ibidem*, pp. 543/616.
17. Ver, por exemplo, o capítulo X – *A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos*, do volume II do Tratado de Direito Internacional

- dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, pp.401/448.
18. Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Parecer – O Brasil e Proteção Internacional dos Direitos humanos: Fundamentos Jurídicos para o Reexame da Posição do Brasil*. In: *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, p. 59.
19. O texto deste Parecer pode ser consultado na Revista da Faculdade de Direito da Uerj, nº 2, Rio de Janeiro: Editora Renovar/Uerj, 1994, pp. 115/122.
20. *Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, nº 2, 1994, p. 117.
21. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, pp. 632/632.

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS PRISIONERAS



Antonio Sánchez Galindo

Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales de la Sociedad Mexicana de Criminología.

Todos sabemos cómo se fabrica un delincuente –ya el marqués de Sade ponía sus reglas–, pero nadie quiere evitarlo (Rafael Ruiz Harrell 2001). Es más:” empañamos el espejo y luego sentimos que no está claro. Conocemos el campo de cultivo y lo abonamos diariamente para que no haya pérdida: debemos lograr que el delincuente madure y nos dañe. Y una vez que empieza a agredirnos nos quejamos a gritos y a buscamos cómo seguir consolidándolo en su tendencia delictiva. La semilla –como en una parábola del mal sembrador– se encuentra en terreno fértil desde el alumbramiento, desde que sale del seno materno en un ámbito de pobreza, en un hogar roto y con frecuencia promiscuo. Luego lo abonan los golpes, las injurias, el sentimiento de venganza de los propios padres que sufrieron lo mismo y ahora se desquitan con el producto o, como en una especie de vuelta a la noria, desean que los patrones se repitan: envidia amorosa: Tú nunca serás igual que yo: serás peor. La comunidad lo regará con vulgaridades e ignorancia y el vegetal humano crecerá con el tronco torcido y empezará a dar frutos negros de odio. Desde luego inmediatamente será captado como insumo aprovechable por la industria delictiva tanto la del Estado como la del crimen organizado.

Primero en su primaria delictiva: las escuelas de tratamiento de menores infractores (o de adolescentes en conflicto con la Ley, como ahora se dice). Luego, bien capacitados por sus maestros en las refinadas materias de robo, homicidio, ciencias del fraude y la mentira, disciplinas de la violación por vasos idóneos y no idóneos, y los deportes de la injuria y las lesiones todas, en el fondo, partes de la educación cívica y física con la que saldrán certificados de su primaria, secundaria y preparatoria criminales, para luego alcanzar su licenciatura en las penitenciarías. Las maestrías y posgrados se las otorgará la reincidencia. Hemos producido profesionistas en el crimen y queremos seguirlos produciendo aunque lo neguemos. Todo

esto por medio de un control social brutal que en el fondo encubre nuestra hipocresía, nuestra ceguera o nuestra ignorancia: quizá, también, nuestra impotencia.

La historia de esta actitud humana es tan vieja como el propio hombre. Sin bien antes se justificaba por la infancia primitiva de la humanidad, ahora no tiene justificación alguna. Pero el patrón, modelo, paradigma o como quiera llamarse –porque sólo cambiamos de nombre a las cosas y creemos que hemos solucionado el problema–, se repite una y otra vez cruzando épocas y atropellando siglos. Ahora hemos adquirido la costumbre de crear falsos héroes que habiendo sufrido los ataques de la delincuencia, se constituyen en líderes que fustigan al gobierno y al Estado – y la ciudadanía ingenua cae en la red de sofismas publicitarios– y la convocan a marchas que atraviesan ciudades, entidades y países –como en antaño los profetas que dirigían pueblos enteros que cruzaban desiertos, y praderas y flanqueaban montañas o las escalaban–. Esta realidad no habla de otra cosa que de la falta de ideales, criterios, actividades laborales o proyectos de vida– y en estas manifestaciones que piden seguridad y endurecimiento penal localizan algo por qué vivir. Y no se dan cuenta que están buscando la retribución y el castigo y la prisión, como únicos medios para consolidar una identidad ficticia y obsoleta: seguir puniendo con mayor dureza y en mayor extensión.

A partir del final de la “Segunda Guerra Mundial” (Barros Leal 2009.) se dio vida a internacionalización de los derechos humanos, al crearse la “Organización de las Naciones Unidas, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). De aquí parte una aspiración –que ahora provoca lenguajes múltiples en interpretaciones variadas– que después de más de cincuenta años no logra consolidarse más que en pocos seres vivientes privilegiados. Esto se extendió –como todos sabemos– con pausas y sin prisas a casi todos los sectores vulnerables de la sociedad.

Entre ellos, y en primer término, brotaron los que les correspondían a los que tenían, y tienen, la desgracia de caer dentro del derecho penal en la cual, el uso de la fuerza del Estado se justifica con discursos que nunca concuerdan con la realidad. Quizá porque la realidad profunda y verdadera no se conoce aún.

Estos principios de defensa a los humanos –que ya van en la tercera generación y aspiran a otras más– nacidos desde el siglo XVIII, han querido transformar el pensamiento esclerosado del hombre, pero son sólo tenues neopatrones culturales del autoritarismo absoluto –que todavía con mucha frecuencia se presenta, ya sea disimulado o abiertamente–. Paliativos –siempre burocratizados y sin fuerza coactiva en la realidad– que no resuelven (o resuelven muy poco) los problemas de la criminalidad y de los seres humanos más vulnerables de la sociedad. Es como dar respiración artificial a un ahogado: mínimo aliento para vivir una vida decorosa.

No obstante –hay que ser muy optimistas– son nuestros asideros de idealismo para alcanzar en un futuro que, como el mito de Tántalo, cada vez que parece alcanzarse se aleja y nos deja esperanzados para una siguiente vez. Si en esta ocasión no fue, será la siguiente, dejándonos la angustia de que la Justicia (así, con mayúsculas) al fin estuvo a punto de nacer.

En el fondo las instancias de todos nuestros principios logrados en el papel y en instituciones burocráticas nacionales e internacionales cada vez más enormes, diversas y dispersas, sirven únicamente, en la mayoría de los casos, para conminar, pero muy poco para transformar, cambiar, y aniquilar el sádico y vengativo autoritarismo provocado por el miedo o la malicia o la justificación de un derecho democrático fingido, que da una apariencia casi fantasmal por medio de una falsa dialéctica en una cadena de recomendaciones y contestaciones cuyos frutos, las más de las veces, son dudosos, precarios y a destiempo. Me da impresión de que el crecimiento de las instituciones –ya sea nuestras (las de nuestros países) o ajenas (las internacionales) sólo van construyendo, frente a una realidad brutal de doble lenguaje, un mausoleo en el que se entierran los más preciados ideales frente a la sonrisa irónica de quienes con hipocresía y falsedad de campaña política, asisten a ofrecer flores con el único objeto de mantenerse en el poder.

Nosotros mismos, en ocasiones –quizá por anhelo de perduración subsistencia o debilidad– hemos transigido para hacer doble juego o esta-

blecer un mensaje estilo la diosa Jano, con una cara hacia nuestra fe y con otra a la exigencia de una ideología en turno.

Creo con firmeza, como dije al principio de esta plática, que no podría ofrecerles nada nuevo. Ustedes los brasileños son un país puntero en Latinoamérica en lo político, económico y social y científico que ya araña lo que ahora se conoce como el “Primer Mundo” – Primer Mundo que es primero sólo desde el punto de vista económico, más no desde el enfoque de los derechos humanos: baste ver las actitudes de países como Estados Unidos (que ni siquiera firma los convenios internacionales) y de Francia (la tierra en que nacieron los Derechos del Hombre y del Ciudadano) que signa los tratados, pero se entrega a los mandatos de Norteamérica y de Inglaterra que hace lo mismo atropellando todos los derechos de los pueblos que, según ellos, son antidemocráticos).

Brasil tiene alma latina, pero en la actualidad es universal es decir: es profundamente humano: No tiene que ver nada con lo anglosajón. Y, por otra parte, posee sistemas penales inclinados siempre al humanismo. –no es un elogio o cumplido, lo creo con firmeza– y se ha enfrentado a los países poderosos con inteligencia y se encuentra en lucha franca contra la desigualdad y la deshumanización del trato a los infractores de la ley penal y a otros seres vulnerables que ha lacerado enormemente el modelo económico neoliberal. Mucho hemos aprendido, desde antaño, con Armida Bergamini Miotto, Nelson Pizzoti Mendez y otros mil especialistas brasileños y ahora con personajes como Augusto Antonio Cancado Trindade, de auténtico valor internacional, como lo es también, César Barros Leal que va dejando huella por donde pasa. Y que ha hecho de su tesis doctoral “La Ejecución Penal en América Latina a la luz de los Derechos Humanos (Viaje por los senderos del dolor), un libro-parte-aguas, en la materia, al que nada le podría yo agregar sobre derechos humanos sobre situación de las prisiones. Por eso lo que diga yo aquí ya lo tienen dicho por muchos de los suyos Y, también, agradecemos, los mexicanos. sus adelantos: De ellos hemos recibido lecciones: sus instituciones jurídicas, como el juez de ejecución, la prisión abierta desde el tiempo de Itapetininga, el trato a los menores en conflicto con la ley, la vigilancia electrónica a distancia y el APAC., empresa de ayuda a los penados.

Si bien es cierto que todavía nuestros penales –los de México y Brasil y de los otros países de Latinoamérica– se encuentran actualmente en forma deplorable, esto quiere decir que el camino

por andar apenas comienza y que la burocracia, simulación, indiferencia y malicia que neutralizan toda la nuestra ideología humanística debe ser de insistencia para que estas miserables instituciones –que ha creado el hombre casi como única forma de resolver el problema del delito y la criminalidad y afianzarse a un poder espurio– empiecen, aunque sea con el ruido que hagamos, como sucedió con las trompetas de Jericó, a derrumbarse con las vibraciones. Impulsos microscópicos para semejante Leviatán.

Digo lo anterior porque como penitenciario no admitiré nunca la derrota y siempre tendré un ápice de esperanza para que las prisiones cambien de tal manera que dejen de ser lugares de sufrimiento y pena y se transformen en escuelas y hospitales de punta y a la larga sean sustituidas por medidas alternativas, sustitutivos de sufrimiento, controles electrónicos a distancia, trabajo comunitario y reclusión domiciliaria y, más que eso, por la prevención general (construir escuelas en vez de cárceles y educar a nuestra gente), porque la prevención especial, como ahora la llamamos, no es otra cosa que el fracaso de nuestro modelo económico social.

Los derechos humanos de los prisioneros son la extensión de los derechos humanos para toda la humanidad. Son una defensa contra la crueldad, la brutalidad, el sentido de punición, retribución y castigo que nuestra mente ha asimilado, hasta la fecha, como única forma de justificar su fracaso en la organización social por no haber superado los conceptos de bien y mal, de premio y castigo, de cielo e infierno, por comodidad, por facilidad para no pensar y por hacer uso de la ley del menor esfuerzo, y justificar el sentido del poder: Cuesta cambiar. Siempre hay resistencia a la transformación y sobre todo persiste el sentimiento de venganza que impera frente a la idea del perdón, a la comprensión profunda y a la prevalencia del pensamiento de la violencia frente a la no violencia como querían Cristo y Gandhi.

¡Abramos fuego en toda la Línea! Dijimos prevención general. Por ahora enfoquemos en esta plática la prevención especial. Es decir: veamos nuestro fracaso: la prevención especial. ¿Qué hacer de inmediato? Luchar porque tengan vigencia con firmeza, los derechos humanos con nuestros prisioneros. Penetremos a las prisiones no con la espada de una justicia obsoleta, sino con la mano amiga y la mente sabia de quienes tenemos una fe religiosa en que los derechos humanos no sólo son ciertos y verdaderos sino que son las armas que en un futuro, no demasiado prolongado– nos pueden dar la salvación de una humanidad que

ahora se pudre en el castigo y la infamia de nuestros recintos carcelarios.

Tratemos a nuestros hermanos prisioneros –a pesar de los más terribles delitos que hayan cometido– con el respeto y la dignidad que nuestra razón y conciencia de personajes del siglo XXI, no de los siglos anteriores– nos exigen. Si los respetamos y tratamos como a nuestros hermanos en desgracia y no como desechos de la humanidad –porque son los hombres, las mujeres, los niños, los adolescentes y los adultos que han tropezado con nuestro sistema educativo insuficiente y equivoco, que no los ha convencido de que los valores en que vivimos –Y que luego nosotros mismos no los observamos– habemos dado el primer paso para cambiar este inhóspito mundo de vergüenza. Si ellos ven que la vida es mejor con nuestro ejemplo y actitud y que en el corazón de todos prevalecen los sentimientos en donde están presentes el amor, la confraternidad, la lealtad y el respeto mutuo: la colaboración y no la venganza destructiva e injusta, se abrirá la puerta de una nueva concepción del ser de la humanidad y será también el inicio del alivio una enfermedad crónica para la que nunca nos habíamos vacunado.

La discriminación y selectividad siguen imperando porque en el fondo seguimos siendo fundamentalistas, etiquetadores: no respetamos a los que no son de nuestro color, a los que no hablan nuestro idioma, no tienen nuestras creencias religiosas o políticas, nuestro nivel económico social, nuestra raza. El estigma de ser distinto, de haber entrado aunque sea una sola vez a la prisión tiene el rechazo social de por vida y lo mismo sucede con los que no son iguales a nosotros, a nuestro nivel de educación a nuestras preferencias sexuales: No hemos podido superar todo esto, situación que se hace más marcada en las prisiones, porque quienes las habitan poseen los mismos patrones culturales que han heredado de sus padres.

El prisionero tiene el derecho a la seguridad personal y a la vida, pero nuestros sistemas penitenciarios no garantizan, lo uno ni lo otro. Baste ver –hablo en este caso de México– que lo que impera en nuestras prisiones es la inseguridad y la muerte, a pesar de que nosotros como autoridades penitenciarias, tenemos la obligación de cuidar de los internos las veinticuatro horas al día siete días de la semana. Pero esto no sucede así: por el exceso de población el sistema de vigilancia es nulo y se fomenta lo que se ha dado en denominar el “autogobierno” lo que significa el caos completo.

La misma sobrepoblación –en prisiones que fueron trazadas para 1200 internos ahora hay cer-

ca de 13,000 y en celdas destinadas a 3 viven en la actualidad hasta 60—crea, con la sola fricción entre los cuerpos, ira y deseo de destrucción cuando no lujuria equívoca. En México está prohibida la pena de muerte, pero son tales las circunstancias en que los penados viven en estos círculos dantescos, que los homicidios —individuales o colectivos— y los suicidios, ciertos o simulados, son frecuentes. Delinquentes ladrones —se dan casos— condenados tres o cuatro años de prisión mueren a manos de sus compañeros y en ciertas ocasiones de los mismos cutodios, porque el interior de la prisión es tierra de nadie.

Si bien está prohibida la esclavitud, por la falta de control institucional, unos internos esclavizan a otros: los más débiles son servidumbre extorsionada y anunciada de muerte sin capilla. Las infamias que se veían en el siglo XVIII, siguen —y seguirán por mucho tiempo (salvo excepciones muy contadas) — mientras nuestro subsistema penitenciario no encuentre, junto con todo el sistema penal, una nueva política criminal que garantice no sólo los votos, sino la solución a la criminalidad.

Nuestro derecho penal utiliza el encarcelamiento como antaño se utilizaba la pena de muerte. Ahora la reina de las penas es la privación de la libertad. Pero la prisión viene a ser una pena trascendente e inusitada porque además de que penaliza a la familia y agrega a la privación de libertad, la tortura de vivir en forma zoológica. El reo se convierte en víctima del Estado al tener que sufrir torturas, vejaciones, humillaciones ya del sadismo de los compañeros o de las autoridades desesperadas que ya no saben qué hacer y sólo castigan. La realidad se ha impuesto en forma brutal y en el interior de nuestras mazmorras oficiales no existe el derecho: vive la ley del más fuerte, el más pervertido o el que tiene más poder económico, como es el caso de los narcotraficantes. La ley no puede proteger a nadie en el abismo de corrupción carcelaria.

Tal vez con la figura del Juez de Ejecución se alivie un poco la ausencia de la protección de la justicia dentro de los lugares de clausura. Por ahora la burocracia judicial permanece afuera, por más que la ley obliga a los jueces y magistrados a hacer visitas, pero éstas se concretan a una especie de turismo jurídico que no modifica nada.

Ahora, con la creación de la figura del arraigo —que atenta contra el derecho a la presunción de inocencia— se detiene, en ciertos casos hasta por más de dos meses. Si la prisión preventiva ya es una especie de pena adelantada, el arraigo es

como la obertura de una siniestra y trágica ópera con epílogo mortal.

Por lo que hace al género, la mujer prisionera siempre la hemos visto como una delincuente de segunda o tercera categoría y por lo tanto, el trato que se le da es semejante, es decir, inferior al del hombre. Además las prisiones de mujeres siempre han estado pensadas por los hombres y ellas piensan, actúan, tienen su fisiología distinta de la nuestra. Siempre se les deja en rincones insalubres sin los servicios más elementales que ellas necesitan. Abandonadas de la familia y del marido y en algunos casos de los hijos y sin el auxilio eficaz del trabajo social que elimine estas deficiencias. Prevalecen aún los patrones de épocas pasadas en que la mujer ni siquiera era capaz de tener alma y pensar. Algo así como todavía sucede con la cultura islámica.

Por supuesto, en México, a la pena de prisión se añade la pérdida de los derechos políticos. Prácticamente el reo se convierte en objeto, sin número siquiera. Vive en la muerte social que es la prisión de la que en la actualidad ya no resucitará porque la re penalización ha ascendido hasta 60 años y se quiere seguir aumentándola. Se aboga, con insistencia, en la aplicación de la cadena perpetua. Pero esto es un sarcasmo eufemístico porque cuando se cumpla una sentencia de 60 años habiendo entrado la prisión a los 20 se tendrán 80 de edad si es que se vive hasta entonces en este medio de Prisión-Muerte como Elías Neuman la llamaba. Todo esto acrecentado por la negación de beneficios, ya que actualmente casi todo el elenco de delitos se ha tildado de grave y, al caer en esta clasificación, se suprime la libertad preparatoria, la remisión parcial de la pena y la prelibertad.

Las relaciones con el exterior se limitan cada vez más bajo pretexto de la seguridad y la sobrepoblación y la “Peligrosidad de la delincuencia organizada”. Bien sabemos que un sistema penitenciario bien administrado requiere establecer nexos con la familia, las fuentes de empleo, las relaciones de amigos. Esto si se da se otorga sin técnica y al desgairé porque la sobrepoblación no lo facilita, lo limita.

No hemos podido superar a casi cincuenta años de la promulgación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos las recomendaciones más elementales de ellas. Son mínimas (así se dice, pero parece ser que ni siquiera siendo mínimas son alcanzables por nuestros gobiernos.

No hemos podido separar tajantemente procesados de sentenciados, hombres de mujeres, menores de adultos. La promiscuidad —nuevamente

producto de la sobrepoblación provocada por una política criminal errada— impide la separación en puridad. En México, pudiéramos decir que sólo en momentos estelares, que se constituyeron en flor de un día, esto se tuvo vigencia..

Ahora bien una clasificación más depurada como lo ordenan las propias Reglas Mínimas hoy por hoy es prácticamente imposible. El mismo Elías Neuman lo había dicho desde hace 40 años: las prisiones no hacen mejor al interno porque son, cuando mucho, reservorios humanos. En mi país el imaginario popular construyó una metáfora coloquial. Denomina a la prisión como el bote (comparación con el depósito donde ponemos la basura). En el fondo se refieren a los internos como una basura social. Con estos conceptos que subyacen en el inconsciente colectivo del pueblo y del propio gobierno, obvio es que lo que menos preocupa es la basura humana que habita en los reclusorios.

Tienen derecho los reclusos a que no exista la sobrepoblación para que puedan estar desahogados —nunca dos— en cada celda y ya hemos visto que ahora en nuestro terruño no están ni tres ni cinco sino sesenta. Esta es una constante grotesca, no excepción momentánea. Antes existían en las prisiones antiguas los galerones en los que se podían albergar cien o doscientas personas, pero hoy han sido trazadas las prisiones para contener celdas unitarias y trinarias y esto impide siquiera la comodidad de que cada interno tenga su cama ya que forman un tapete humano en el algunos tienen como cabecera el sanitario y soportan que sus compañeros estén continuamente usándolo estando ellos acostados al pie del mismo. Verdaderamente no se puede encontrar tortura peor agregada a la privación de la libertad: los reos sueñan con una pesadilla: tener un espacio inalcanzable. Ya no hay la mínima intimidad y las reglas mínimas son materia muerta, construcción de una ironía sádica. El derecho a un espacio, siquiera precario— está cancelado. Todo se encuentra colapsado porque el uso hace que todo se destruya: todo se ha clausurado: la luz, el espacio, el cielo infinito, el tiempo interminable, la higiene: la vida misma. Vivir así es estar muerto en vida

Es una ironía hablar de que el reo tenga — como lo ordenan las reglas mínimas— una ropa decorosa, salvo que se tenga dinero, porque a enraucamiento de servicios corresponde florecimiento de corrupción. En un colmenar humano todo se compra: comida, ropa, seguridad, visitas, consultas con la dirección: ¡Todo!

El derecho a la alimentación es una realidad simulada: La comida que se sirve ni es suficien-

te ni es variada. Generalmente es una basofia a la que los mismos internos se encargan de echar a perder porque le tienen asco. Empero muchos de ellos ingieren esos alimentos porque no tienen otra cosa que comer: para subsistir. Ellos son los pobres de los pobres. Los que tienen dinero compran su comida en los negocios que son de otros internos o propios y que funcionan con el permiso comprado de las autoridades corruptas, débiles o ignorantes, con pretexto de que el presupuesto no es suficiente para conceder este derecho en forma decorosa: Por estas infames irregularidades las enfermedades gástricas acompañan a un porcentaje importante de la población.

Ahora, con la construcción de los institutos de máxima seguridad el derecho al deporte, a los ejercicios físicos se ha reducido, aunque existan áreas muy concretas, pero limitadas para ello y con la sobrepoblación, la limitación es mayor porque hay que esperar turno. En muchas prisiones no hay ni siquiera un terreno destinado a este objetivo y en las que los hay no poseen maestros de educación física que guíen adecuadamente a los internos en el deporte que les gusta y que pueden realizar. Por supuesto los viejos, los enfermos y los minusválidos están excluidos.

Hay una crisis en el país de servicios médicos. La medicina social está quebrada y sobrepasada. Los empleados de gobierno, los obreros, los asalariados en general, los pensionados y los jubilados— que antes eran bien atendidos— sufren una atención precaria y de una calidad exigua. Los burócratas, en muchos casos, se mueren antes de llegar a la cita porque la misma, en ocasiones, se da hasta a seis meses de distancia por el exceso de solicitudes de atención. Si esto sucede en el exterior podemos imaginar qué acontece en el interior de las prisiones: el derecho a la salud es un cuento de las mil y una noches, noches que son de pesadilla. Los internos con enfermedades terminales están condenados a una muerte sin dignidad siquiera y a la brevedad posible: Da la impresión de que como el tiempo nos ha alcanzado se desea que los viejos y los enfermos mueran más pronto y sin piedad: hay que abatir la sobrepoblación a como dé lugar.

Las violaciones a los presupuestos disciplinarios y sanciones que se marcan por las Naciones Unidas no se cumplen: la crueldad y la tortura siguen imperando constantemente. Se ha hecho un estudio (Herlinda Enríquez 2009) de las tres normas distintas que existen en las prisiones: las que establece la ley, las que marca la autoridad y las que utilizan los propios internos. Con esta

trilogía el capítulo disciplinario ordenado por la ONU es letra muerta: Se golpea a los internos se les aísla sin misericordia y sin cuidados del médico, del trabajo social y del psiquiatra. No son pocos los casos en que cuando van a entregarles la comida los reos se hayan suicidado.

¿Como puede planearse el sistema de información y quejas, cuando todos los principios están superados por una realidad siniestra y brutal? Sólo en algunos de los nuevos reclusorios de seguridad extrema se cumple en la actualidad con proporcionar la información sobre el régimen que va a vivir en el interior de la prisión el interno que llega a ella. Y esto sucede así porque no hay régimen ni sistema en la tierra de nadie (las prisiones del fuero común) que son la mayoría de las nuestras. Y las quejas son tantas que ninguna autoridad prácticamente puede contestar a ellas. Se requeriría un departamento –no un simple buzón como los hay en todas partes, para disimular una preocupación que no existe ni se atiende– para preocuparse por las quejas como sucede con las cartas dirigidas por los admiradores los artistas de moda...

El contacto con el exterior –derecho y necesidad– como ya dijimos, ahora se ve con desconfianza por el miedo que ha sembrado en toda la sociedad y, especialmente, en muchas de las autoridades, el crimen evolutivo y el organizado y transnacional que impele a una regresión. Este miedo y desconfianza rompe con un paso elemental de todo sistema que aspire a hacer mejor al ser humano que entra en la prisión.

Las penitenciarias, prisiones preventivas y lugares para la ejecución de las medidas de seguridad, han limitado las visitas familiares, las íntimas y las especiales –que antes se concedían por razones de humanidad y salud física y mental. Por ejemplo: cuando algún familiar cercano agonizaba o moría (esto constatado por trabajo social) se podían conceder visitas al domicilio, ahora esto es casi imposible... Este retroceso provocado por un pavor prejuzgado y por un contingente de visitas prácticamente incontrolable, pero sí explotable, de 25 a 30,000 visitantes familiares que concurren cada día, en lugares que fueron dispensados para 5,000 cuando más, ocupa a toda la vigilancia e impide que algún reo vaya a despedir a su madre muerta.

La sobrepoblación fomenta una promiscuidad no sólo en los internos, también en los familiares que son a veces violados o asesinados, ya en que las visitas íntimas – para las que tampoco hay espacio suficiente– se practican en un rincón, atrás de una escalera. o a plena luz del día debajo de un cobertor o en las familiares, que, en el tu-

multo, pierden toda posibilidad de que la vigilancia anquilosada, insuficiente y corrupta, las cuide y las salve de estas agresiones frecuentes que luego provocan cadenas interminables de venganzas.

En la situación que se vive en los reclusorios de mi país ni siquiera el derecho a la práctica de la religión la pueden hacer con la frecuencia con la que lo desearan o necesitaran espiritualmente los internos sino dentro de las posibilidades de tiempo y circunstancias de seguridad que presente la institución penal de que se trate. Como se ve la realidad es más fuerte que la ley. Las leyes son muchas y prescriben planteamiento de solución, pero estos, en las circunstancias actuales, no pueden llevarse a cabo hasta en las situaciones más elementales.

El capítulo del trabajo –derecho en la libertad– se convierte en derecho y obligación en el interior de nuestras cloacas humanas. El gobierno debe proporcionarlo en cantidad suficiente y en forma tal que no sólo llene las interminables horas de hastío y soledad entre las multitudes, que viven los penados. Independiente de que éste no sólo sirva pragmáticamente en el interior sino que sea útil y aprovechable cuando el ser humano aherrojado regrese a la libertad. Pero aunque sólo fuera para cubrir el ocio carcelario, el trabajo casi es inexistente y el que hay es inapropiado. Los talleres que se trazaron originalmente para dar empleo a 1,200 personas ahora no pueden atender ni a 300 porque se encuentran todos desvencijados y las empresas particulares ven con desconfianza crear instalaciones para la fabricación de sus productos, por lo que este rubro marcado como una necesidad y una obligación por los documentos internacionales signados por México –y que adquieren rango constitucional– no se cumple aunque, con informes maquillados, se diga lo contrario.

La educación es otra obligación y derecho que también florece mezquinamente. Decimos esto porque no se otorga una educación ni formativa ni informativa ni para adultos, aunque haya casos de excepción en que los internos se inscriben en la educación abierta externa y, como casualidad, se han recibido en alguna profesión, pero el grueso de la población se queda, por decirlo de alguna manera, en el aire.

El tratamiento, dada la sobrepoblación –perdón por la palabra tantas veces repetida– no existe: de tiempo en tiempo se simula una evaluación y esta sirve para elaborar documentos que ayudan a otorgar los pocos beneficios que ahora se pueden dar, en virtud de que, como dijimos, casi todo el catálogo de delitos se ha adjetivado

como grave y, por lo mismo, no se pueden conceder dichos beneficios.

La interdisciplina, con la que iniciamos el tratamiento técnico en la década de los años sesenta del siglo pasado, que servía de base para el estudio y diagnóstico, para aplicar las terapias individualizadas, ha pasado a la historia y ahora se habla del fin de la pena como la reinserción social por medio del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte. Requisitos que, como hemos visto, tampoco se cubren en la mayoría de nuestros institutos penales. Piénsese por otra parte, en la cantidad de especialistas con que debería contar cada una de nuestras instituciones que tienen 12,000 internos para individualizar un tratamiento interdisciplinario. Por esta misma situación podemos decir que el tratamiento a que se refieren las Reglas Mínimas y además llevar a cabo evaluaciones, que se aplican sólo en parte de nuestro sistema penitenciario del fuero federal, dentro del común. brilla por su ausencia y el personal que se tiene para él se ha burocratizado de tal manera que si no hubiera ni un solo representante, no se notaría.

Desde hace muchos años (Concepción Arenal 1892) la preocupación prioritaria de todos los penitenciaristas era la selección y capacitación del personal que se ocuparía de la dirección, administración y custodia de los penados. No negamos que se han hecho esfuerzos, pero la mayoría de los mismos han sido esfuerzos vanos: neutralizados o anulados. En nuestra larga experiencia más ha podido la capacitación para la corrupción que dan los delincuentes, que la enseñanza que nosotros con todo cuidado damos en las aulas. Ahora, incluso a los menores de edad la delincuencia organizada los está educando en la comisión de delitos y en

el manejo de armas de todo tipo. Especialmente a los niños que en el lenguaje popular se les conoce como "ninis", que son aquellos que ni estudian ni trabajan y que en la actualidad son legión. Todos los días inauguramos escuelas de capacitación de personal penitenciario y todos los días procesamos a elementos que salieron de ellas porque el poder económico de la delincuencia organizada pudo más que los conocimientos y los valores que se les impartieron sus profesores.

También los enfermos mentales tienen un destino crónico revolucionado –salen y vuelven a entrar como lanzadera de máquina de coser– a pesar de las instituciones creadas para ellos a nivel federal o en el Distrito Federal, pero son demasiados y entonces el tratamiento que se les otorga es en pequeños lapsos y retornan a su institución para luego volver a ser reinstalados por otro poco de tiempo en los centros de tratamiento de enfermos mentales y vuelven a regresar a su institución de origen.

Los barruntos de Derechos humanos que se dieron desde la antigüedad y que alcanzaban, en muchos casos, a los penados como la Carta de Neuchâtel de 1214 y los fueros en toda su amplitud, todavía no podemos instalarlos en nuestros sistemas penitenciarios. No digamos a plenitud siquiera en un 10 ó 15%. No lo hemos logrado y no hay posibilidad de lograrlo en poco tiempo. Concepción Arenal decía que ese día llegará alguna vez. Cada nueva generación vuelve a inaugurar cárceles, reclusorios, prisiones y penitenciarías y dice ¡Ahora sí vamos a humanizarlas! Los jóvenes de hoy –algunos, no todos– si no han dicho lo mismo pronto lo dirán, pero el día en que esto suceda ellos mismos –y por supuesto nosotros menos– tampoco lo verán. ¡Pero ese día al fin llegará!

LAS TRANSFORMACIONES DE LA PENA EN UN MUNDO EN TRANSICIÓN: UNA BREVE REFLEXIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS*



César Oliveira de Barros Leal

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará; Procurador del Estado de Ceará; Doctor y Posdoctor en Derecho; Posdoctor en Estudios Latinoamericanos; Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos; Miembro de la Asamblea General y de la Junta Directiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos de San José, Costa Rica.

No pretendo ni me atrevo a abarcar este tema en su ancha y compleja dimensión; rechazo, pues, la hipótesis de proceder a un examen detenido del pensamiento de un sinnúmero de penalistas, de variopintas latitudes, escuelas e ideologías, con cuyos textos, algunos de difícil digestión, he nutrido mis noches de insomnio, perdido en los laberintos del derecho criminal, de los fines y límites de la pena, así como de sus avatares en nuestro mundo en transición. Lo que sí me incumbe es replantar las semillas de las resistencias, inquietudes y perplejidades que suelen brotar naturalmente –como la miel de la primera pasión o la inocente sonrisa de un niño en la calle que descubre un juguete desechado en la basura– en la aridez de un territorio rebosante de presuntas verdades y no pocos embustes, esgrimidos como argumentos de autoridad, *magister dixit* de dogmáticas sobrepujadas por las andaduras de Cronos. Al fin y al cabo, al poeta corresponde la síntesis perfecta al señalar que “en este mundo de amor / nada es verdad ni es mentira, / todo es según el color / del cristal con que se mira”.¹

Mis lectores, como lo hizo el costarricense Alfredo Chirino Sánchez, juez y profesor universitario, en el prólogo de un bello libro en homenaje al Profesor Henry Issa el Khoury Jacob², pueden inquirir sobre la idoneidad del derecho penal como herramienta de control social en un *locus* donde prosperan el miedo y la inseguridad, el delito posee múltiples caras, máscaras y raíces, y rige el desafío de hacerle frente, sin timidez ni treguas, con las armas del equilibrio, la inteligencia y la razón, que sólo se sostienen sobre las pilastras del respeto al ideario democrático y los derechos fundamentales, lejos de las proposiciones heterodoxas de reducción de la edad de la responsabilidad penal, de los discursos de emergencia del derecho

penal simbólico³ y sus falsas sensaciones de seguridad; del funcionalismo radical de Günther Jakobs⁴ y su guerra al enemigo, la no-persona; y de las agendas fundamentalistas de *law and order*⁵ y tolerancia cero.

1. LA TRAYECTORIA DEL DERECHO PENAL

Un extenso camino hemos recorrido desde la venganza de sangre, los castigos corporales en plazas públicas, el talión y el nacimiento de la cárcel, los dos últimos vistos en su época como avances punitivos, hasta las concepciones contemporáneas de la pena, en esta modernidad tardía a que se refiere Habermas, en la que se imponen, en oposición al maximalismo, los lindes garantistas de la mínima injerencia penal, proclamados por Ferrajoli y respaldados por los juristas Alessandro Baratta y Winfried Hassemer.

Consabidamente, la historia del derecho penal nada más es que la trayectoria de su continuo e imparable acortamiento, de su contracción (para muchos, desde una perspectiva crítica a ultranza, su propia abolición), en un proceso que demanda, para su despliegue, con miras a poner orden en el desorden, el abandonar conceptos, teorías, velocidades, tendencias e institutos que se han diluido, en la jornada del tiempo, en su debilidad e inconsistencia.⁶

2. LAS PRISIONES DE AYER Y HOY

En un contexto de muchas sombras y colores desmayados descuella el encierro, una impropiedad histórica que falazmente se perpetúa y se intensifica a lo largo de los siglos (en los días actuales son más de nueve millones de reclusos en el mundo, mitad de los cuales se hallan en Estados Unidos,

Rusia y China, siendo más de quinientos millones en Brasil, según datos del Departamento Penitenciario Nacional, órgano del Ministerio de Justicia), a despecho de las evidencias de su rotundo fracaso como medio de punición, intimidación y resocialización.

Sobrepobladas, repulsivas y ruinosas en su mayoría, máxime en el continente latinoamericano, las prisiones, insalubres y soturnas, bombas del tiempo en el lenguaje de Elías Carranza, Director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente - Ilanud (ya fue dicho que la mejor cárcel es la que no existe), se han convertido (o tal vez deba aducir: casi siempre lo fueron, desde Rasphuys y Spinhuis en Holanda y la *House of Correction* en Inglaterra, fundadas en el siglo XVI, así como sus congéneres en Gloucester y Oxford), merced a la indiferencia de los gobiernos y de la sociedad, en desaguaderos de los males y de las aporías de la justicia criminal, espacios cloacales del desamparo jurídico y material, de total desatención a los derechos humanos, donde se amontonan, en convivencia forzada, bajo condiciones brutales e inhumanas, cautivos sentenciados o no, primerizos y reincidentes, mayormente jóvenes y pobres, herederos de la miseria social.

Los encarcelados, habitantes de esas filiales del infierno, padecen el fenómeno de la prisionización (el asimilar los valores, hábitos y códigos de lenguaje que predominan tras las rejas⁷) y se sujetan a toda suerte de violencia, ensanchándose su odio hacia la colectividad que los repudia y los animaliza. Triste imagen de un sistema que ha perdido progresivamente su legitimidad ante los equívocos de la clausura, ante su selectividad (que reproduce y refuerza las asimetrías sociales), además de la ineptitud para asegurar la integridad física y moral de sus huéspedes y por igual de rehabilitarlos, de tornarlos aptos a la convivencia en la sociedad, en antagonismo a la prevención especial positiva.

Como si no bastara, los presos de gran poder, jefes del crimen organizado, capitanes del mercado de drogas, no sólo comandan la vida en el interior de esas unidades, sino también siguen manteniendo vínculos extramuros con el universo del delito, lo cual es facilitado por el acceso a teléfonos celulares, a visitas (familiares, conyugales, etc.) desprovistas de monitoreo, sin que las autoridades logren o siquiera intenten cohibirlo.

Hay los que, en el vacío creado por la omisión estatal, ordenan, desde el presidio, la explosión de agencias bancarias y cajas electrónicas, la

destrucción de transportes públicos y la muerte, como forma de retaliación o rescate de deudas, de enemigos, de policías, o incluso sus parientes, en un círculo vicioso de enfrentamientos que diseña el terror, amenazando la seguridad pública.

Si la privación en régimen cerrado es vergonzosa, mucho más lo es en los regímenes más blandos (semiabierto y abierto), sea por la inexistencia de establecimientos penales adecuados para ese objeto (en Brasil, colonias agrícolas o industriales y casas del albergado, respectivamente), sea por la mínima falta de control, de vigilancia, lo que genera un absoluto descrédito por la impunidad que representa y favorece. Dichos regímenes se han transformado por las enormes distorsiones de ellos resultantes (entre las cuales el uso masivo de una falsa reclusión domiciliar que se vuelve sinónima de libertad), en uno de las más grotescos males de un sistema penitenciario cada vez más precario e ineficaz, coadyuvando de igual modo al incremento de la delincuencia.

En este dominio, el confinamiento solitario, que se buscó superar históricamente con la progresividad (la zambullida en la historia de las prisiones nos permite un *insight* muy claro de este proceso), resurgió con toda su fuerza, bajo el manto de la legalidad, sobre todo después del ataque terrorista a las Torres Gemelas del *World Trade Center* el 11 de Setiembre de 2001 (ocasionando una ola de endurecimiento que trascendió las fronteras de Estados Unidos), estando presente en las prisiones de máxima seguridad, estatales y federales, que se multiplica(ro)n en los cinco continentes.

3. LAS INSTITUCIONES DE INTERNACIÓN DE ADOLESCENTES INFRACTORES

En el ámbito de los menores infractores se ha asistido en nuestra región a un mero cambio de palabras que poco repercutió en su realidad. No importa que no se emplee, en muchas partes, la palabra *menor* (caso de Brasil, donde se tornó prohibitiva en sede criminal) sino *niño* o *adolescente*; no importa que, en lugar de *penas*, se hable de *medidas socioeducativas*; no importa que los términos *prisión*, *reclusorio*, *establecimiento penal* o *penitenciario* hayan sido reemplazados por *centro de internación* o *establecimiento educacional*.

Lo que sí prevalece, amén de la coreografía lexical, es el convencimiento de que las sanciones aplicables a los menores/adolescentes, en especial la internación se han vuelto, por lo general, tan rigurosas como (o más que) las penas de los adultos y un testimonio del fiasco de la justicia juvenil.

Debo decirles que, en el transcurso de los últimos años, he visitado decenas de instituciones de acogimiento de adolescentes infractores, en varios países. En muchas de ellas, el escenario, cuyas precarias condiciones coliden con lo proclamado en las normas pertinentes, es semejante al de las prisiones. No hay, por lo tanto, como sorprenderse ante las fugas reiteradas y la eclosión frecuente de motines, que suelen terminar en la destrucción parcial de las unidades. La crónica de un drama anunciado. Un torpe espectáculo que se escenifica año tras año ante la indiferencia de los gobernantes.

4. LAS SANCIONES ALTERNATIVAS

A pesar de las críticas que las identifican como expansiones de la red de control, las alternativas penales, recomendadas en la estela de la mínima intervención, del carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal realizado por Jorge de Figueiredo Dias y Claus Roxin, han ganado espacio y aceptación por sus resultados satisfactorios, ante todo por la capacidad de potenciar la reinserción social del condenado en la medida en que evitan los *dolores de la encarcelación* y lo mantienen en su familia y grupo social, sin alejarlo del trabajo.

El profesor del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México (UNAM), Sergio García Ramírez, quien fungió como Procurador General de la República de México y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de referirse al aumento del empleo de las sanciones alternativas en Europa Occidental, agregó: “así ha ocurrido, en rigor, dondequiera. Las alternativas y los substitutivos son la más relevante propuesta del legislador –por su dimensión y por sus efectos– en el régimen de sanciones penales (Zannotti). Al fin de cuentas, si el instrumento penal constituye –en una sociedad democrática– el último recurso del control social, la prisión debiera ser también, una vez abolida la pena de muerte, el último recurso de la punición.”⁸

En el libro *Vigilancia Electrónica a Distancia: Instrumento de Control y Alternativa a la Prisión*, puntualicé: “La percepción del malogro de la cárcel –‘de esta cárcel que tenemos, pero que no queremos’–, asociado a las altas tasas de reclusos, que se atribuye también a la persistente cultura de encarcelamiento, y a los inmensos gastos en su manutención, ha estimulado en América Latina, en mayor o menor grado, la creación y aplicación de nuevas sanciones, no privativas de libertad (exilio local, prohibición de frecuentar determinados

lugares, manutención de distancia de la víctima, expulsión del territorio nacional para extranjeros, tratamiento de desintoxicación, confiscación de bienes, caución de no ofender, cumplimiento de instrucciones, amonestación, interdicción temporaria de derechos, reconciliación con el ofendido, prestación de servicios comunitarios, limitación de fin de semana, pérdida de bienes, pena pecuniaria, multa indemnizatoria, etc.), destinadas preeminentemente a los condenados por delitos de escasa entidad, de pequeño potencial ofensivo –como hurtos, lesiones corporales leves y fraudes– y eventualmente de mediana criminalidad.”⁹

5. LA JUSTICIA RESTAURATIVA

No me atrevo a dejar de mencionar aquella puerta que se ha abierto para contener el crecimiento de un derecho penal en continua revisión. Nuevos bienes e intereses jurídicos, de naturaleza individual o colectiva, resultantes del evolucionar de la sociedad, de sus novedosas exigencias, se suman a los ya existentes, demandando su protección.

Hablo de una justicia distinta de la ordinaria, de matiz positivista, que se asienta sobre cinco columnas maestras de acción: el encuentro (entre el ofensor, la víctima e integrantes de la comunidad), la participación (de todos en las distintas fases del proceso o fuera de él), la reparación (devolución, indemnización, trabajo comunal), la reintegración (de la víctima y del ofensor) y la transformación de los sujetos involucrados en el delito.

Se trata de una “experiencia consolidada en Estados Unidos (donde se despliega desde hace más de 30 años), Canadá, Australia y Nueva Zelanda, países anglosajones que adoptan el *common law* (con la salvedad de Québec, que sigue el sistema jurídico francés) y que expandieron el modelo de las *Alternative Dispute Resolutions (ADR)*, pero incipiente en ciertas latitudes (enfocada precisamente en la víctima, cuya dignidad se redescubre y se rescata, en la solución efectiva y pacífica del conflicto, en un proceso comunicacional caracterizado por el encuentro y el énfasis en el futuro), defendida por la ONU, que se pronunció a su favor en la Resolución 12 (*Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*), del 24 de julio de 2002, del Consejo Económico y Social, como todo proceso en el que la VÍCTIMA, el delincuente y, cuando proceda, cualesquier otras personas o miembros de la comunidad que hayan sido afectados por un delito participen conjunta y activamente en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en general con el apoyo de un mediador.”¹⁰

Nada tiene que ver con el derecho penal tradicional, irrespetuoso de los derechos fundamentales, y que se confunde con la pedagogía del castigo, estimulada por algunos medios de comunicación social; al contrario, lo que se quiere, en la Justicia Restaurativa, es hacer que sobresalgan valores como el diálogo, el perdón, la reparación y la paz, entre otros, en lugar de la culpa y la pena, cediendo espacio para la comunidad, directa o indirectamente implicada, en pos de restaurar los vínculos personales y sociales rotos por el acto delictivo y, de este modo, robustecer la seguridad ciudadana.

Insta mencionar que la JR igualmente se emplea después de la sentencia, en la ejecución de la pena. Ejemplo exitoso en ese sentido es el proyecto Árbol Sicómoro, desarrollado en diversos países por la Confraternidad Carcelaria Internacional (*Prison Fellowship International*), consistente en un curso de 5 a 8 semanas en el que un grupo de presos, con la presencia de un facilitador, aprenden lecciones sobre conocimiento mutuo, pérdida del rencor, reparación, arrepentimiento, excusa, responsabilización, etc., y tienen en el final una reunión con víctimas de delitos no necesaria-

mente relacionados con sus victimarios (como ejemplo: secuestradores con personas que fueron objeto de un secuestro). Tuve la oportunidad de participar en encuentros restaurativos y les aseguro que vienen a ser una loable iniciativa.

6. CONSIDERACIONES FINALES

En definitiva, hay que repeler las políticas de control y castigo que venden a la población fórmulas mágicas de contención de la criminalidad como si fueran bulas del derecho penal y defender, paralelamente a medidas profilácticas –como las de combate a la pobreza y construcción de una sociedad más justa, con menos contrastes– la residualidad de la pena detentiva (su extinción es hoy tan inalcanzable como una sociedad sin crimen), así como perseguir una ejecución penal más congruente con los ideales de justicia y humanidad.

Una lección –de Gustavo Radbruch– nos cabe guardar, y aquí concluyo tomando la libertad de transitar por las veredas del sueño: “No tenemos que hacer del Derecho Penal algo mejor, sino hacer algo mejor que el Derecho Penal.”



NOTAS

1. CAMPOAMOR, Ramón de, poeta español del siglo XIX.
2. CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, "Del Derecho Penal Liberal y la Política Criminal para el Ser Humano (Prólogo), en CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, GONZÁLEZ VALVERDE, Lorena, TIFFER SOTOMAYOR, Carlos (compiladores). *Humanismo y Derecho Penal: Al Profesor Henry Issa el Khoury Jacob, Liber Amicorum et Discipulorum, en Memoriam*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2007, pp. 7-32.
3. Léase: "...convendrá asentir, con García-Pablos, que un derecho penal simbólico carece de toda legitimidad porque manipula el miedo al delito y la inseguridad, reacciona con un rigor innecesario y desproporcionado y se preocupa exclusivamente por ciertos delitos e infractores, introduce un sinfín de disposiciones excepcionales, a despecho de su ineficacia o imposible cumplimiento y, a medio plazo, desacredita el propio ordenamiento, minando el poder intimidatorio de sus prescripciones." (SOUZA QUEIROZ, Paulo de, *Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*, Editorial Rey, Belo Horizonte, 2001, p. 56) Agréguese el comentario: "Cremer-Schäfer afirma que la estrategia para legitimar el aparato represivo encuentra su propio fundamento en la exasperación de la inseguridad, de la criminalidad y del miedo. La criminalidad se torna objeto de fobia colectiva del pueblo. La noción de violencia entra en el discurso sobre la criminalidad, con el objeto de producir consenso, e impedir el desarrollo de una resistencia social a fenómenos como el desempleo, la destrucción del Estado social y la pobreza, a través de la exclusión de determinados sectores sociales..." (SABADELL, Ana Lucia, "Segurança Pública', Prevenção e Movimento Feminista: Uma Aproximação ao Caso Alemão", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, publicación oficial del IBCCRIM. Año 8, n. 29, enero-marzo 2000. Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 56).
4. OLIVEIRA ARAÚJO, Dyellber Fernando de, "As (Crises e) Tendências do Direito Penal na Pós-Modernidade. 'Novos' Estudos para Vetus-tos Problemas em Tempos de Globalização, en *Revista Magister de Direito Penal y Processual Penal*, n. 47, abril/mayo 2012, Editorial Magister, Porto Alegre, p. 102.
5. "La difusión incontrolada de hechos aterradoros, como robos seguidos de asesinatos, violaciones, homicidios, masacres, etc., además de noticias sobre corrupciones y fraudes, produce en la población una sensación de total inseguridad... Se valen de eso los partidarios del 'Movimiento de Ley y Orden', defendiendo medidas represivas de extrema severidad y la formulación de nuevos tipos criminales, lo que João Marcelo de Araújo Júnior denomina 'movimiento neocriminalizador'." (O Direito Penal Contemporâneo: Fundamentos. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, jul./dic. 1997, 6:90 y 91, en JESÚS, Damásio de, *Penas Alternativas*, Editorial Saraiva, São Paulo, 1999, p. 4).
6. En el mismo sentido: "... la pena de prisión en la actualidad, mucho allá de su fracaso, constituye la síntesis más emblemática de las punitivas torturantes deshumanas, degradantes y crueles..." (GOMES, Luiz Flávio, *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pp. 19-20).
7. Para mejor comprensión: "Cuando una persona o grupo de ingreso penetra y se hunde con otro grupo, se dice que ocurrió una *asimilación*. El concepto tiene más adecuación en cuanto a grupos de emigrantes y, tal vez, no sea el mejor para designar el proceso semejante, que ocurre en la prisión. De cualquier forma, debemos entender por *asimilación* el proceso lento, gradual, más o menos inconsciente, por el cual la persona adquiere lo bastante de la cultura de una unidad social, en la que fue colocado, a punto de volverse característico de ella. Así como se usa el término *americanización* para describir el mayor o menor grado de integración de un emigrante al esquema de vida en América, el término *prisionización* indica la adopción, en mayor o menor grado, del modo de pensar, de las costumbres, de los hábitos – de la cultura general, de la penitenciaría. Prisionización es semejante a la asimilación, pues. Todo hombre que es confinado a la cárcel se sujeta a la prisionización, en alguna extensión. El primer paso, y el más obviamente integrativo, atañe a su *status*: se transforma, de un golpe, en una figura anónima de un grupo subordinado; traja las ropas de los miembros de este grupo; es interrogado y amonestado/ luego descubre que los custodios son todopoderosos; aprende las

clases, los títulos y los grados de autoridad de los varios funcionarios; y, usando o no usando *el argot* de la cárcel, él viene a conocer su significado; aunque pueda mantenerse solitario, termina por referirse, por lo menos en pensamiento, a los custodios como los *samangos*, a los médicos como *receptadores de rueda de jeep* (aspirina) y a usar los apodos locales para designar a los individuos; se acostumbra a comer con prisa y a obtener alimento a través de los trucos usados por los que le están cercanos. De varias otras maneras, el preso nuevo *desliza* para dentro de los patrones existentes; aprende a jugar o aprende nuevas maneras de hacerlo; adquiere comportamiento sexual anormal; desconfía de todos; mira con rencor a los custodios y aun a los compañeros, etc. En suma: viene a aceptar los dogmas de la comunidad. No todos los hombres se sujetan a todas esas transformaciones. Sin embargo, nadie escapa de determinadas influencias, que podrían llamarse *factores universales de prisionización*, tales como: aceptación de un papel inferior; acumulación de hechos concernientes a la organización de la prisión; el desarrollo de nuevos hábitos, en el comer, vestir, trabajar, dormir; la adopción del lenguaje local; el reconocimiento de que nada es debido al medio ambiente, en cuanto a la satisfacción de necesidades; eventual deseo de lograr una 'buena ocupación' (o, en el argot prisional carioca, una 'fajina')." (G. THOMPSON, Augusto F., *A Questão Penitenciária*, Editorial Vozes, Petrópolis, 1976, p. 53).

8. A ese respecto: "Puesto que la soledad era absoluta, se tornó conocido como régimen solitario o *solitary confinement*. Su rigor hizo que Enrique Ferri (1856-1929), el fundador de la Sociología Criminal, lo considerase, en una conferencia sobre *Lavoro e celle dei condannati*, dictada en 1885, "una de las aberraciones del siglo XIX". Los que yacían como tanatoides, muertos en vida en la tumba de sus celdas, en cuya puerta había un número, eran exhibidos a los visitantes, una práctica de atemorización que se mantiene en muchas prisiones y centros de internación de menores infractores de nuestro tiempo. La comida era suministrada una vez al día, por la mañana. Regía la prohibición de ver, oír o hablar con las demás personas, admisible tan sólo la lectura de la Biblia y de otros textos religiosos que les permitiese, *in foro conscientiae*, arrepentirse de sus actos y reconciliarse con la sociedad y con Dios. Sus virtudes: garantizaba el orden; impedía la interacción nociva y la evasión; y empleaba pocas personas. Sus inconvenientes: el sufrimiento de los presos era excesivo; vulneraba su salud física y mental; y no los preparaba para el reingreso al medio social." (En BARROS LEAL, César, *Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos: Viaje por los Senderos del Dolor*, Editorial Porrúa/Ilanud/Facultad de Derecho de UNAM, México, p. 32)
9. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Crimen y Prisión en el Nuevo Milenio", *Prevención Criminal, Seguridad Pública y Procuración de Justicia: Una Visión del Presente y del Futuro*, de OLIVEIRA DE BARROS LEAL, César (coautor y organizador), IBDH/Inacipe/Ilanud, México, 2009, pp. 385-405. El texto es la Conferencia impartida en el II Congreso Internacional de Prevención Criminal, Seguridad Pública y Procuración de Justicia: Una Visión del Presente y del Futuro a la Luz de los Derechos Humanos, Fortaleza, 24-27 de marzo de 2003. Es más: "... lo que se busca es limitar la prisión a las situaciones de reconocida necesidad, como medio de impedir su acción criminógena, cada vez más fuerte. Los llamados *substitutivos penales* constituyen alternativas más o menos eficaces en la tentativa de desprisionar, además de otras medidas igualmente *humanizadoras* de esa forma *arcaica de control social*, que es el Derecho Penal. (BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Novas Penas Alternativas. Análise Político-criminal das Alterações da Lei n. 9.714/98*, Editorial Saraiva, São Paulo, 1999, p. 4).
10. BARROS LEAL, César. *Justicia Restaurativa: Amanecer de una Era. Su Aplicación en Prisiones y Centros de Internación de Adolescentes Infractores*. Texto en construcción, presentado para fines de conclusión de posdoctorado en derecho, en 2012, en la Universidad Federal de Santa Catarina, en Florianópolis, siendo supervisor el Dr. Sergio Urquhart Cademartori, p. 31.

THE LEGALITY OF THE THREAT OR USE OF NUCLEAR WEAPONS: THE ICJ ADVISORY OPINION RECONSIDERED



Daniel Thürer
Director of the Institute of Public International Law,
University of Zurich; Member of the International Committee of the Red Cross;
President of the German Society of International Law; Member of the *Institut de Droit International*.

This article deals with what I think is the most serious, but also the most insidious and publicly neglected challenge in today's world and international law: the legal status of nuclear weapons.¹ It is a subject which will take us right to the limits of international law. But we will approach it with all due modesty, asking questions and trying to give answers and pointing to and leaving open many aspects, which you will certainly discuss in class or in your papers in the months ahead.

I shall try to introduce the subject with some remarks of a historical and rather general nature. I shall then concentrate on the 1996 Nuclear Weapons Opinion of the International Court of Justice, and I shall formulate seven critiques concerning the Opinion based on fundamental principles and concepts of international law. And I may, in conclusion, ask whether the Court would or should decide differently, if it had to deal with the General Assembly's request today.

Throughout my exposé, I am expressing my own personal opinions. Although I am a member of the governing board of the International Committee of the Red Cross which is intimately involved in the questions we are going to consider, I cannot and will not engage the Institution by anything I say in my lecture.

I.

On 6 August 1945, the first atomic bomb was dropped on Hiroshima. It was followed three days later by a second bomb on Nagasaki. The two bombs produced approximately 150,000 immediate victims. More than 100,000 human beings died in the following weeks and months as a result of injuries and nuclear radiation. The victims were mainly civilians. The consequences of dropping the bombs, for human health, were long-lasting: they are being felt even now.

It is moving to learn how, in the words of a Japanese author, a victim from Hiroshima experienced the situation:

"It was just like hell" – he wrote – "a procession of ghosts, a sea of flames. But I didn't see the devil, so I thought it was something happening on this earth ...

An atomic bomb doesn't just fall; someone has to drop it ...

It was eight o'clock. There was a great flash; it was like nothing ever seen before. The old woman neither felt a jolt nor heard a bang. The ceiling and the roof just fell down together, the floor jumped up, and she was caught between them."

Similar and equally moving words can be found in the testimony of witnesses before the International Court of Justice (ICJ) in 1996.

Soon after the atomic bombings, the Dutch international lawyer Bert Röling pointed out, that they were unlawful, because they were attacks on the civilian population. They were not directed against military targets. Neither in Hiroshima nor in Nagasaki was the civilian population given warning. The dropping of the atomic bombs contradicted – said Röling – the rule adopted at the St. Petersburg Conference in 1868 that "the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy".

In the same sense, the International Committee of the Red Cross, from the very outset, questioned the legality of this new weapon of mass destruction. In an appeal launched in 1950 it pointed out:

"Within the radius affected by the atomic bomb, protection is no longer feasible. The

use of this arm is less a development of the methods of warfare than the institution of an entirely new conception of war (...) With atomic bombs and non-directed missiles, discrimination (between combatants and non-combatants) becomes impossible."

Obviously, nuclear weapons cannot discriminate between combatants and non-combatants. But what is more important and was well expressed in and underlying the appeal of the ICRC is the fact that the reach of such weapons goes beyond and exceeds the formal categories of international humanitarian law, due to their potential of destroying humankind or large portions of it in a single stroke.

The bombings of Hiroshima and Nagasaki did not result in any military advantage whatsoever, because the civilians affected by them were not taking part in the war and its end was not dependent on their destruction. The use of the two bombs was also pointless from a military point of view. And they had, arguably, no decisive impact on Japan's attitude. They were not the means by which the war was brought to an end. They killed indiscriminately and arguably to no purpose. And they tainted the cause of the Allied Powers and undermined their fitness to judge the defeated Japanese.

It is important to *see* and to *listen*: To look at the devastation inflicted on Hiroshima and Nagasaki. To listen to the testimony of victims. Compared to these voices, abstract discussions about the threat or use of nuclear weapons have less power to move people and to engage them. The main problem is that decisions on nuclear weapons are prepared and taken by political leaders, strategists and scientists. Their arguments revolve around abstract concepts, military doctrines, ideologies, interests of (national) power, and things of that sort. This is the greatest danger: to neglect, behind an overriding general goal, the fact of suffering caused for thousands and millions of people.

II.

One of the biggest and still unfinished tasks for the international community thus concerns the law governing disarmament and arms control. In this area, the effective banning of nuclear weapons is a fundamental challenge, not just for international lawyers but for all of humanity.

The rules of international law that have been designed to place constraints on warfare are

far from perfect. The most alarming gap in this framework of rules is that the international community has not yet succeeded in imposing a total ban on nuclear weapons. For years the General Assembly of the United Nations was engaged in fighting the non-proliferation of nuclear weapons and calling for their prohibition; however, it did not mobilize indignation and public awareness to a necessary degree.

In December 1994 the General Assembly adopted a resolution by which it urgently requested the International Court of Justice to render an Advisory Opinion on the question: "Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstances permitted by international law?" The request followed another which had been made by the Assembly of the World Health Organisation to the Court in May 1993; that previous request had focused on the health and environmental effects of possible use of nuclear weapons and its conformity with international law and especially with the WHO constitution. The Court dismissed the request by WHO on the grounds that it had not been made within the Organization's legal capacity. However, no such formal obstacle was present in regard to the General Assembly's request. The Court rendered its Opinion on both requests on 8 July 1996.

This Opinion is maybe the best-known pronouncement of the ICJ in the 90s as was the Nicaragua Case in the 80s. It did not definitively establish the legality or illegality of the use of nuclear weapons. It was very controversial in its content.

The extent of the legal difficulties that confronted the Court is evident from the fact that, in the absence of a majority, it had to resort, for the second time only in its history, to adopting the most crucial paragraph of the operative part by the casting vote of the President. Another indication of no lesser significance is that, probably for the first time in the history of the Court, every Judge who took part in the proceedings appended a Declaration or a Separate or Dissenting Opinion. Georges Abi Saab² was right when he concluded his thorough study of the Court's pertinent jurisprudence concerning questions of admissibility of requests for Advisory Opinion by stating that "(i) indeed, if there was a case in which the exercise of discretion would have been justified, had it been at all possible, this was it."

The Court took a broad approach to the General Assembly's request. It made interesting statements concerning human rights law, environmental law and other domains of international law. But it chose international humanitarian

law as the main field of the law on which to base its Opinion.

In its reply to the Assembly the Court ruled, in the crucial section 2 E of the operative part that “the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law”. However, in the following sentence, the Court held that in view of the current state of international law and of the elements of fact at its disposal, it could not conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence in which the very survival of a State would be at stake. This section of the Opinion was adopted by a split of seven votes to seven, with the President casting the deciding vote.

The Court thus found, first, that the threat or use of nuclear weapons was generally not compatible with the principles and rules of humanitarian law; but, second, it opened the door for the possibility that nuclear weapons may legally be used under very exceptional circumstances. The Court could not – so it stated in the limiting or “non-liquet” clause – definitely define and decide on these circumstances.

The general rule on the illegality of nuclear weapons was given forceful expression in pronouncements by several judges, from which I quote a few passages.

Judge Mohammed Bedjaoui, President of the Court, wrote in a separate declaration that:

“By its very nature the nuclear weapon, a blind weapon, (...) has a destabilizing effect on humanitarian law, the law of discrimination which regulates discernment in the use of weapons. Nuclear weapons, the ultimate evil, destabilize humanitarian law which is the law of the lesser evil. The existence of nuclear weapons is therefore a major challenge to the very existence of humanitarian law.”

This view was supported by one of Judge Bedjaoui’s colleagues, Judge Geza Herczegh, who noted in a declaration that:

“The fundamental principles of international humanitarian law, rightly emphasized in the reasons of the Advisory Opinion, categorically and unequivocally prohibit the use of weapons of mass destruction, including nuclear weapons. International humanitarian law does not recognize any exceptions to these principles.”

Judge Mohammed Shahabudden referred to the abstract concept of sovereignty and pointed out in his dissenting opinion:

“however far-reaching may be the rights conferred by sovereignty, those rights cannot extend beyond the framework within which sovereignty itself exists; in particular, it cannot violate the framework. The framework shuts out the right of a State to embark on a course of action which would dismantle the basis of the framework by putting an end to civilization and annihilating mankind.”

Judge Abdul G. Koroma observed in another dissenting opinion that

“the Court flinched and failed to reach the only and inescapable finding, namely, that in view of the established facts of the use of such weapons, it is inconceivable that there is any circumstance in which their use would not violate the principles and rules of international law applicable in armed conflict and, in particular, the principles and rules of humanitarian law”.

III.

This is what I wanted to say in commenting on the reasoning put forward by the Court that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of international humanitarian law. But what about the so-called “non liquet”-clause added to and limiting the general principle just stated? The Court found – I repeat – that in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, it could not conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which “the very survival of a State would be at stake”.

I very much deplore this sentence in the operative part of the Opinion, and I am now going to formulate seven critiques of this clause and of the legal and theoretical conceptions on which it is based. My concerns are:

- 1) a deviation from the principle of strict separation of “ius in bello” from “ius ad bellum”;
- 2) inconsistency with basic principles in the law of disarmament;
- 3) reaffirmation of the so-called “Lotus-Doc-trine”;

- 4) inadequacies concerning the doctrine of sources of international law;
- 5) reference to an outdated conception of security;
- 6) philosophical conceptions concerning a lack of justiciability underlying the “non liquet”-clause (“Black Hole” and need for a constitutional approach); and finally
- 7) the serious consequences of the Opinion on state practice.

Critique No 1: Diviation from the principle of strict separation between “ius in bello” and “ius ad bellum”

Modern international law offers two types of response to the challenges of war:

a set of rules known as “ius ad bellum” and another called “ius in bello”. The aim of both is to limit war and to reduce the suffering it causes.

There are several reasons for keeping the regimes of “ius ad bellum” (“the right to wage war”, “droit à la guerre”) and “ius in bello” (“law in war”, “droit dans la guerre”) separate.

One is that it is often difficult to decide which party’s use of force is “just” and lawful and which one’s “unjust” or unlawful.

The thesis – so another argument goes – that the applicability of the law of war depends on the justness of the cause is neither viable nor sensible. For it would be absurd to make the protection of war victims, who very often have no say in the decision to go to war, dependent on whether their ruler’s decision to go to war was “just”. Moreover, one of the great achievements of modern humanitarian law is that it serves the humanitarian needs of those affected by armed conflicts – civilians, wounded or prisoners – independently of which side they are on, because as soon as they are “hors de combat” (not, or no longer, engaged in fighting), they are – as Jean-Jacques Rousseau wrote – no longer instruments of the (belligerent) State, but human beings again.

Third, it might be added that to extend the protection of the law only to those who fight for a “good cause” might fuel their zeal to fight and to go on fighting, and thus to prove that justice is on their side. “The more heavenly the goal,” an English historian observed, “the more devilish is the means.”

The Court thus mixed up two categories of law which are supposed to be strictly kept apart: “ius in bello and ius ad bellum”. This is one rea-

son why a high degree of dissatisfaction about the Opinion prevails among international lawyers.

Critique No 2: Inconsistency with basic principles in the law of disarmament

In international humanitarian law, we may distinguish between two kinds of rules: rules of constraint, which Oscar Schachter, somewhat casually, had termed “cold law”, and rules inspired by human values and aspirations, which may be called “hot law”.

The aim of the rules of constraint is to regulate hostilities, to keep them within certain bounds. They impose limits on the means and methods of warfare. Something like a “Grundnorm” (or basic precept) of the rules of constraint is contained in Article 35 of the Additional Protocol I to the Geneva Conventions which also reflects international customary law. It states that:

“1. In any armed conflict, the right to the Parties of the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited.

2. It is prohibited to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering.

...”

A distinction is to be made between norms establishing a relative prohibition and those establishing an absolute prohibition: i.e. between norms that are open to assessment of their applicability, on a case-by-cases basis, and those that are not, i.e. which relate to those means of warfare that are categorically disproportionate or indiscriminate.

A number of treaties outlaw certain weapons on the grounds that their use cannot be justified by any rational cost-benefit analysis. In these cases, total bans and categorical prohibitions are the only effective solutions.

I refer to

- the Biological Weapons Convention of 1972
- the Chemical Weapons Convention of 1983
- the Ottawa Convention concerning a Total Ban of Anti-Personnel Mines of 1977
- the Oslo Convention concerning a total ban on Cluster munition of 2008.³

The bans on certain weapons of mass destruction such as chemical and biological weapons

are among the greatest achievements of modern international law. But one particular, serious gap in the law is the absence of a prohibition of nuclear weapons. The Court, in its Advisory Opinion, did nothing to remedy this disastrous lacuna in the law of arms control. The lack of a formal Convention prohibiting nuclear weapons stands in strange and sad contradiction to the modern logic of the law of arms control.

Critique No 3: Reaffirmation of the so-called “Lotus-Doctrine”?

The Opinion is based on the premise that States are free to do what is not prohibited by international treaties (or customary law). It continued a line of reasoning which was given explicit expression in the so-called “Lotus”-case decided, in the thirties, by the Permanent Court of International Justice. It is marked by the age of positivism and its celebration of State sovereignty, but seems somewhat outdated today.

The “Lotus-Doctrine” does not adequately take into account the common needs of the modern international community. The Australian government put it aptly in its oral statement on the Advisory Opinion when it said that:

“(T)he fact that particular conduct is not proscribed by any international treaty does not of itself enable the conclusion to be drawn that such conduct is consistent with general principles of law. The general principles may in some respect be broader than any existing treaty provision at all.”

It is noteworthy that already in *Shimoda et al. v. The State*, a Tokyo District Court in 1963, dealing with some effects of the bombing of Hiroshima and Nagasaki had observed that:

“Any weapon the use of which is contrary to the customs of civilized countries and to the principles of international law should *ipso facto* be deemed to be prohibited even if there is no express provision in the law; the new weapon may be used as a legal means of hostilities only if it is not contrary to the principles of international law...”

Critique No 4: Inadequacies concerning the doctrine of sources of International Law

Closely connected with Critique No 3 concerning the reaffirmation of the so-called “Lotus-

-Doctrine” is Critique No 4 concerning the conception of sources on which the Opinion rests. It is based on the will of States as the ultimate source of international law.

Such positivism is old-fashioned. A modern theory of international law should better reflect the common values of the international community. It must therefore be possible, in the final analysis, to bring into the mix concepts such as “values and interests of mankind”, the “universal human conscience”, and the demands of “comprehensive global justice”, not only as meta-legal concepts but as an integral part of the law. By analogy with domestic law, we could speak here of an “international public order”.

I always thought that “General Principles of Law” (in the sense of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice) might, together with the Martens Clause, help to overcome the rigid dichotomy of treaties and customary law as the essential foundation of the international legal order.

The issue of nuclear weapons is proving to be a catalyst in challenging orthodox opinions on the sources of international law. Hitherto, the conventional view has been that international law is derived from treaty law and customary law, hence from the will of States. However, a system of international law for which – owing to its roots in the will of the States, according to the positivist view – the illegality of weapons of mass destruction is not an unambiguous and basic premise, is one that rests uneasily on shaky foundations.

Critique No 5: Outdated conception of security

In a speech made in Hiroshima, Judge Antonio Augusto Cançado Trindade⁴ has rightly pointed out that the Opinion reflects a notion of security which wrongly concentrates on State interests and not on interests relating to the security of mankind (human security). Just as the logic of development – so he points out – has moved on from the framework of inter-State relations to the new concept of human development, so has the logic of security: conceived in the past to apply to inter-State relations (including in the scheme to renew collective security under the U.N. Charter), it nowadays transcends that dimension, causing attention to shift to human security.

The new approach to the whole subject of security was developed by the United Nations within the framework of its Millennium summit (2000)

and set out in its Report on Human Security in 2008. It called for the necessary control of weapons in order to guarantee the “security of persons”.

In one and the other contexts the central concern today is therefore no longer with States properly, but rather with human beings within and across State borders thus replacing the old state-centric approach of the matter by an anthropocentric one. Cançado Trindade rightly concludes that the concern is ultimately with humankind as a whole; he pointed to the new “*ius gentium*” of our days, the international law for humankind. This newly emerging idea, philosophy or concept of security is not (yet) reflected in the Court’s Advisory Opinion.

Critique No 6: Philosophical conceptions concerning a lack of justiciability underlying the “non-liquet”-clause – “Black Hole” and need for a constitutional approach

What do I mean with black hole? What is meant by a “constitutional approach”?

With the first term, I am referring to a point made by Professor Martti Koskenniemi^{5/6} in defence of the “non liquet”-clause of the Court’s Nuclear Weapons Advisory Opinion. Koskenniemi argues that a legal-technical approach to the massive killing of the innocent (...) cannot deal with the political and moral dilemma involved. “For the voices of justice to be heard”, he writes, “law must sometimes be silent”. This idea is well formulated. However, I do not share Koskenniemi’s view. What is the value of a legal system – I ask myself – if it is not capable of giving answers to the most basic concerns of the community? I try to find a response to Koskenniemi’s apology by referring to a theory which has been close to my thinking for a long time and which might be called “constitutional method” of constructing and interpreting international law.

This term needs, I think, some explanation. For most of you, the term “constitution” is closely connected to the idea of the basic law of a State. You may ask: Does it make sense to transfer a notion or a concept which is so deeply rooted in the history of statehood to the international domain? Not even all States have – you might object – their national constitution. Can there be such a thing as a “constitution” of the international community: A constitution like the “*Constitution de la République française*” or the German “*Grundgesetz*”?

Imagine a State Constitution or basic order which does not contain, *expressis verbis*, a guarantee of a right to life or personal freedom, the principle of good faith, a prohibition of arbitrary conduct, or a set of powers of State authorities to safeguard the existence of the State or to uphold its constitutional system in the event of revolution, attack from abroad or other emergency situations.

Would it not be necessary, or even imperative, to infer such fundamental principles – which are the essence and shape the identity of a legal community, which even safeguard the survival its very survival – from the very system, from the very concept, from the purpose of the constitution, from an all-embracing set of fundamental values underlying the constitution and are immanent therein?

In fact, all or most constitutions of States or international or supranational constitutional treaties refer, in one way or another, to concepts of implied powers.

I remember Albert Schweitzer having written that, in the final analysis, nuclear crisis can only be averted by means of international law. And we ask: what system of law would it be, would it still deserve the name of “law”, if it permitted or did not speak out against the collective suicide of mankind? If the international lawyer shrugged his shoulders and said: This is a challenge I am not able to face with my methodological repertoire and its limited technical means?

I think that international humanitarian law is an extremely fertile ground for new ideas on the this subject. International humanitarian law has, from its very beginning, been ruled by considerations other than the interests of States. It is based on the principle of humanity, i.e. a value system centred around the human being, the suffering victim of war.

We need a fresh thinking about fundamental ideas and concepts of international law. Humanitarian law might serve as an excellent starting point. It would be rewarding, I believe, to return, from time to time, to the enlightened teaching of the founding fathers of international law who, standing at the threshold of modern international law, had – so it seems – a broader, truly universal vision. Are not, in our period of transition, Victoria, Suarez, Grotius, Gentili or de Vattel, more relevant for the conception of modern international law than more recent thinkers like Anzilotti or Triepel?

The personal will and interests of States are no longer solely decisive for the development of international law; more and more ideals like the public weal, the common interests of the international

community and the quest of humanity are shaping the direction to be taken by evolution of the law.

In this context, constitutionalism has its place. It means more than purely technical analysis of international law. It seeks the elementary principles above the ordinary law and within the legal system. It leads to a better, richer understanding and structuring of the legal order as a whole.

In the current debate in international law theory, the constitutional method serves as a vehicle for “second-order thinking” beyond “law in the books”. It extends the geographical and temporal limit of debate, and admits ethical and moral considerations to the resolution of issues of international law. It appears to be a method of interpretation and construction that changes the inner dynamic of law without necessarily changing its wording.

It enables us to widen the range of reference and to exploit unwritten basic principles such as the principle of humanity and proportionality (understood in a large sense) and to see law in a different light while still recognizing and reinforcing it as law.

It also enables us to see international law as a complex field of norms within a broad context of rules and principles, legal, social, economic and ethical, written and unwritten. It refers to basic values within the legal system without being referred in meta-legal order.

I think that many principles of humanitarian law might be considered as being part of a constitutional core of the international legal order.

Constitutions thinking may overcome unsatisfactory results stemming from a theory of the “black hole” (“rechtsfreier”, “gerichtsfreier Raum”).

Critique No 7: Serious consequences of the Opinion on State practice

Let me end to the list of critiques of the “non liquet”-clause in the Court’s Opinion on nuclear weapons by referring to its consequences on world order. This critique was aptly formulated by Professor Michael Reisman.⁷ What did the Opinion contribute – so Reisman asks – to the goals of the international law, in particular to the maintenance of minimum world order?

In contemporary world politics, one of the most urgent programmes for the maintenance of minimum world order is that of non-proliferation. Professor Nicolas Michel has already analyzed this subject profoundly many years ago.⁸ It is obvious

that the most urgent and fundamental common interest of humanitarian law is to prevent nuclear proliferation and to secure a general, orderly and effective nuclear disarmament. But what is the optimal realistic strategy for a continued reduction and finally total elimination of those weapons?

The essential question seems, in the present context, to be whether the Court’s holdings contribute to minimum world order by reinforcing the legal regime governing nuclear weapons and pressing on towards the desired goal of nuclear disarmament.

A legitimate critique concerning the consequences of the Opinion is that the Court’s formulations raise doubts about the cogency of the non-proliferation regime elaborated within the United Nations, and revive the legitimacy of claims to use nuclear weapons for exclusive national purposes.

What was the Court saying to security specialists in States that feel that they are under significant threat? It said, in particular in conclusion (2) E of the operative part, that the use of nuclear weapons might be legitimate for discrete national purposes which the Court described as an extreme circumstance of self-defence in which the States very survival was at stake. And it is of course, as pointed out by Reisman, the self-perceived threatened State that makes the initial and irrevocable operational decision that it is in an extreme situation of self-defence.

Those who oppose proliferation will not be helped by the Court’s Opinion of 8 July 1996.

Ways to go

Since the bombing of Hiroshima and Nagasaki in 1945, the existence of nuclear weapons has weighed heavily on the conscience of mankind. The dropping of those bombs revealed man’s infinite capacity to cause death, suffering and destruction using methods that preclude any distinction between civilians and members of the armed forces.

And yet, in discussions about the legality of such weapons, such ideas as “policy of deterrence”, “strategic wars” and “military superiority” are still being advanced, as if they were anything other than morally disreputable, and the fact of human suffering is treated as if it were a purely abstract issue.

Utility-thinking (as used in a very narrow, self-centered sense by actors) seems to dominate moral thinking. Nuclear weapons still play a considerable part in national security strategies or as instruments of geopolitical power: a miscon-

ception of modern world order which cannot be stressed enough.

However, reasons for hope do exist. It is significant that President Barack Obama of the United States set out in Prague on 5 April 2009 his vision for US security policy in which he called for a “world without nuclear weapons”. He acknowledged that a revival of the non-proliferation regime required a credible willingness to disarm on the part of the nuclear powers, and he indicated that the United States was willing to commit to this as a long-term goal (though “perhaps not in my lifetime”). While acknowledging the obstacles, he made it clear that the alternatives were threats of war in the future and an end to human progress.

In September 2009 the U.N. Security Council held a Special Summit on nuclear weapons which was chaired by President Obama. In resolution 1887, the Council unanimously pledged “to create the conditions for a world without nuclear weapons” through concrete actions in the field of nuclear non-proliferation and nuclear disarmament.

During the debate on nuclear issues in the First Committee of the UN General Assembly, delegates praised the United States for changing its position and welcomed the Security Council’s resolution on non-proliferation and disarmament.

But it must be stressed with all persuasion that also the International Committee of the Red Cross can play an important role here: it has, from the outset, questioned the legality of weapons of mass destruction.

It is noteworthy that in November 2009 the Council of Delegates of the International Red Cross and Red Crescent Movement adopted a Resolution calling on the States “to reduce the human cost of the uncontrolled availability of arms, including through regulating transfers of all conventional arms and ammunition, and welcomed the fact that the elimination of nuclear weapons was now back on the international agenda”.

Because of its exclusively humanitarian mandate, the ICRC conducts itself differently from international organizations whose members are States.

What is necessary, beyond legal rules, is a quality of political leaders and scientists with the capacity of contextual thinking, strong sense of

responsibility shared with others for preserving and ameliorating life and quality of life of peoples and human beings, at home and abroad.⁹

My opinion is:

- that international law as it exists today can be interpreted as prohibiting nuclear weapons;
- that contrary to the Advisory Opinion of the International Court of Justice, this prohibition can be regarded as absolute in terms of a non-derogable norm applicable to the international system;
- that a concrete positive law ruling therefore would not be imperative from a strictly legal point of view;
- that in the long term, however, an explicit comprehensive prohibition of nuclear weapons is necessary for pragmatic reasons; I mean a convention against nuclear weapons which would prohibit their production, use and threat and would provide for verification and enforcement of their destruction.¹⁰

How shall I conclude? Perhaps by reminding you that much has been achieved in international humanitarian law and that not everything can be regulated. Much depends on individual decision-makers, on their impulses and on their intuition. In an address to the Pugwash Conference in 2000, Amartya Sen, the distinguished Indian economist, reflected on the confluence of nationalism and nuclear weapons. His opening sentences were:

“Weapons of mass destruction have a peculiar fascination. They can generate a warm flow of strength and power carefully divorced from the brutality and genocide on which the potency of the weapons depends.”

He went on to quote the reaction of the leading architect of India’s ballistic missile programme, a key figure in the development of the country’s nuclear arsenal, to the nuclear tests in Pokhran in India in 1998: “I heard the earth thundering below our feet and rising ahead of us in terror. It was a beautiful sight.”

Law, I conclude, is a necessary and valuable means to avoid and contain brutality of war. But, in its last analysis, it is no firm guarantee against brutal force being used in fact. Much depends on the quality of leaders.



NOTES

1. The present text is an elaborate version of the Inaugural Lecture which I presented at the Geneva Academy of the International Humanitarian Law on October 20, 2011. The style of the oral presentation has been maintained. For further reading see *L. Boisson de Chazournes and P Sands* (eds.), *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons* (1999), with contributions by Geneva Professors G. Abi-Saab, L. Condorelli, Ch. Dominicé, P-M. Dupuy, V. Gowlland-Debbas and M.G. Kohen. See also *L. Doswald-Beck*, *International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, in: *International Review of the Red Cross* No. 316 (1997). For more details see *D. Thüerer*, *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context – Paperback of The Hague Academy of International Law* (2011); *id.*, *Milestones in the Development of International Humanitarian Law*, in: A. Eide, J.Th. Möller and I. Ziemele (eds.), *Making Peoples Heard, Essays on Human Rights in Honour of Gudmundur Alfredsson* (2011). 1 ff.; *D. Thüerer and M. Zobl*, *Are Nuclear Weapons Really Legal? Thoughts on the Sources of International Law and a Conception of the Law Imperio Rationis instead of Ratione Imperii*, in: U. Fastenrath, R. Geiger, D.-E. Khan, A. Paulus, S. von Schorlemer and Ch. Vedder (eds.), *From Bilateralism to Community Interest, Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (2011) 184 ff.
2. *G. Abi Saab*, *On discretion: reflections on the nature of the consultative function of the International Court of Justice*, in: L. Boisson de Chazournes and P. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (1999) 36 ff.; *id.*, *The Court and the Bomb: A Case of Mutual Deterrence?* In: *Transnational Law and Contemporary Problems* (1997) 429 ff.
3. See *J. Kellenberger*, *Humanitäres Völkerrecht* (2010) 269 ff.
4. *A.A. Cançado Trindade*, *A Humanização do Direito internacional* (2006) 194 ff.
5. *M. Koskenniemi*, *The Silence of the Law/The voice of Justice*, in: L. de Boisson de Chazournes and P. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (1999) 48 ff.; *id.*, *Faith, Identity, and the Killing of the Innocent: International Lawyers and Nuclear Weapons*, in: M. Koskenniemi, *The Politics of International Law* (2011) 198 ff.
6. *D. Thüerer*, *Recht der internationalen Gemeinschaft und Wandel der Staatlichkeit*, in: D. Thüerer, *Völkerrecht als Fortschritt und Chance (International Law as Progress and Prospect) – Grundidee Gerechtigkeit, Band 2* (2009) 97 ff.
7. *W. Michael Reisman*, *The Political Consequences of the Assembly Advisory Opinion*, in: L. Boisson de Chazourne and P. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (1999) 473 ff.
8. *Nicolas Michel*, *La Prolifération Nucléaire: Le Régime International de Non-Prolifération des Armes Nucléaires et la Suisse. Habilitation* (1990).
9. *Joseph S. Nye Jr.*, *The Powers to Lead* (2008).
10. Negotiations should base themselves in international humanitarian law; they should proceed from the assumption that a general prohibition of nuclear weapons is already part of the corpus of international law as it exists today, that new treaty norms would be based on and reflect principles already in force. By doing so the vision of a “nuclear-free world” would be incorporated in a comprehensive treaty that would also contain provisions on related legal subjects (such as non-proliferation) and rest on the conviction that, for the purpose of negotiations, a ban on the use of nuclear weapons was a settled matter, an imperative, and not something to be haggled over by those seated at conference tables. See Council of Delegates of the International Red Cross and Red Crescent Movement 2011: Resolution 1 of 26-11-2011, “Working towards the elimination of nuclear weapons” in which the Council
 - “1. emphasizes the incalculable human suffering that can be expected to result from any use of nuclear weapons, the lack of any adequate humanitarian response capacity and the absolute imperative to prevent such use,
 2. finds it difficult to envisage how any use of nuclear weapons could be compatible with the rules of international humanitarian law, in particular the rules of distinction, precaution and proportionality,
 3. appeals to *all* States:
 - to ensure that nuclear weapons are never again used, regardless of their views on the legality of such weapons,

- to pursue in good faith and conclude with urgency and determination negotiations to prohibit the use of and completely eliminate nuclear weapons through a legally binding international agreement, based on existing commitments and international obligations,

4. calls on all components of the Movement, utilising the framework of humanitarian diplomacy:

- to engage, to the extent possible, in activities to raise awareness among the public, scientists, health professionals and decision-makers of the catastrophic humanitarian

consequences of any use of nuclear weapons, the international humanitarian law issues that arise from such use and the need for concrete actions leading to the prohibition of use and elimination of such weapons,

- to engage, to the extent possible, in continuous dialogue with governments and other relevant actors on the humanitarian and international humanitarian law issues associated with nuclear weapons and to disseminate the Movement position outlined in this resolution."



RESEÑA DEL LIBRO: ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE *EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL - MEMORIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*, BELO HORIZONTE, EDIT. DEL REY, 2011



Diego P. Fernández Arroyo

Profesor del Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po) y de la Universidad Complutense de Madrid.

Existen diferentes formas de escribir un libro de doctrina jurídica. En la mayoría de los casos, el autor se sitúa fuera del objeto que analiza y desarrolla. Los elogios, las críticas y las propuestas del autor se hacen conservando una distancia prudente, la que separa el autor/observador del tema en estudio. Dicha distancia puede variar, como también pueden variar las perspectivas de análisis. Lo que en cambio permanece invariable es que hasta el observador más incisivo, apasionado y meticuloso raramente accede a resolver todos los enigmas del tema examinado. Siempre quedan cuestiones que son imposibles de comprender desde el exterior, incluso para el autor más capacitado y mejor pertrechado. En el libro que nos ocupa, en cambio, el sujeto y el objeto se encuentran del mismo lado de la realidad. No hay secretos entre ellos. El discurso se hace en primera persona, haciendo converger la experiencia personal y las opiniones del jurista y del juez internacional con la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH). Este dato simple pero decisivo convierte a este libro en una pieza de singular valor para todos aquellos que se aboquen a su lectura, que me permito recomendar tanto a los estudiantes ávidos como a los jueces estatales, internacionales o supranacionales, como también a los abogados de derechos humanos, a los investigadores de todos los ámbitos de las ciencias sociales, a los profesores y (ojalá) a los políticos. El autor es más modesto: sólo menciona expresamente entre los destinatarios potenciales a los "usuarios presentes y futuros de los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos en general, y del sistema interamericano de derechos humanos en particular" (p. 2).

Si alguien podía y debía escribir un libro así, esa persona es sin dudas Antônio Cançado. Muchas otras personas han pasado más o menos una

década como jueces en un tribunal internacional. A la mayoría de ellas se les supone un exquisito manejo de la materia. A un número importante, además, un entusiasmo militante en el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Algunas de esas personas han tenido también la responsabilidad de ocupar la presidencia del tribunal del que han sido miembros en momentos particularmente difíciles. Antônio Cançado no sólo reúne todas esas cualidades (Juez experto y apasionado de la CtIADH entre 1995 y 2006, Presidente entre 1999 y 2004), sino que tiene la capacidad de transformar las vivencias personales y los conocimientos jurídicos en un testimonio, en un documento esencial para decidir, para tomar partido acerca de cómo es y cómo debería ser un tribunal internacional creado con la función esencial de proteger los derechos humanos.

Del punto de vista doctrinal, este libro y, más en general, las sentencias en las cuales el autor ha tenido una participación decisiva, navegan con el mismo rumbo que el Curso general dictado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya¹; su Norte es el de la construcción de un "derecho internacional para la humanidad". Hay sin dudas una comunidad esencial entre ellos, como la hay con la práctica totalidad de los otros 43 libros del autor. Autor y actor se mueven en el mismo sentido y con la misma convicción. Desde la perspectiva contextual, estas memorias son tan oportunas como necesarias, a poco que se tenga en cuenta la crucial y singular importancia de los derechos humanos en América y, sobre todo, en América Latina, característica que ha llevado a incluir esta materia en la lista de las que indican la existencia de ciertos trazos particulares en el derecho internacional de la región. No por azar se ha escrito recientemente que

"La thèse du particularisme interaméricain des droits de l'homme repose sur la démon-



tration de l'existence d'une philosophie juridique proprement interaméricaine en matière de droit international des droits de l'homme. Le droit interaméricain apparaît à bien des égards avant-gardiste, non-conformiste, voire même créatif, par rapport aux canons du positivisme juridique volontariste du droit international public, mais aussi si on le compare et l'évalue à la lumière du droit européen ou du droit international des droits de l'homme. Ce particularisme est forgé par les organes interaméricains de protection (la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme) et revendiqué au nom d'une philosophie juridique interaméricaine des droits de l'homme résolument universaliste"².

Para dar testimonio de su paso por la CtIADH, el autor organiza sus memorias en torno a 5 grupos de cuestiones, relativas, respectivamente, a: la jurisdicción, el derecho sustantivo, el derecho procesal, la hermenéutica jurídica y los aspectos institucionales. A esto se añaden 4 anexos y una galería de fotos. Los anexos consisten en: la transcripción de la sesión realizada en la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado brasileño en homenaje al autor por su elección como Juez de la Corte Internacional de Justicia (Brasilia, 2008), el discurso del autor³ en la ceremonia de investidura como Profesor Visitante *honoris causa* del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá, 2006), el discurso del autor⁴ en la sesión de investidura como Doctor *honoris causa* de la Universidad Nacional de La Plata (2006), y una conferencia⁵ proferida por el autor en Tribunal Penal Internacional (La Haya, 2009).

Los aspectos relativos a la jurisdicción (Parte I) son sumamente ricos. Si todo lo que concierne a la jurisdicción es esencial para el funcionamiento práctico y para la misma razón de ser de cualquier tribunal internacional, la cuestión es aún más crucial cuando se trata de un tribunal de derechos humanos. Sin dudas acierta el autor, como acertó la CtIADH en el caso del *Tribunal Constitucional del Perú*⁶, cuando descarta cualquier analogía entre el sometimiento a la jurisdicción de un tribunal como la Corte Internacional de Justicia que se ocupa del contencioso puramente interestatal y el que se realiza a un tribunal internacional de derechos humanos. En el primer caso, la discrecionalidad ha sido tolerada en la práctica al amparo del artículo 36 (2) del Estatuto de la CIJ. En el segundo, dada la especialidad del tribunal y los objetivos de la normativa protectora de los derechos humanos, la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria no admite ninguna laxitud. Antônio

Cançado se manifiesta además claramente por el "automatismo" de la jurisdicción internacional obligatoria, la cual no puede admitir más modalidades que las expresamente previstas en el artículo 62 de la Convención. Así, en sus Votos Razonados en los casos *Hilaire, Benjamín y Constantine*, todos referidos a Trinidad y Tobago⁷, puede leerse:

"En mi entendimiento, no se puede sostener, en esta materia, que lo que no está prohibido, está permitido. Esta postura equivaldría a la actitud tradicional – y superada – del *laissez-faire, laissez-passer*, es propia de un ordenamiento jurídico internacional fragmentado por el subjetivismo estatal voluntarista, que en la historia del Derecho ha favorecido ineluctablemente [a] los más poderosos (...) En este inicio del siglo XXI (...) es precisamente la lógica inversa la que debe imponerse: *lo que no está permitido, está prohibido*" (pp. 14-17).

Son altamente impactantes las páginas que el autor dedica al reconocimiento de la responsabilidad internacional por parte de los Estados demandados ante la CtIADH (pp. 21 ss.), basadas en el desarrollo de "la tríada responsabilidad / perdón / justicia como manifestación de conciencia jurídica universal" (aunque él las ubica en la Parte dedicada a la jurisdicción, dichas páginas también podrían haber sido incluidas en la Parte II, referida al derecho sustantivo). Después de recordar el ejemplar primer caso de reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado⁸, el autor destaca que a principios de 2006 en un 29,76% de los casos contenciosos sustanciados ante la Corte había existido reconocimiento de responsabilidad internacional de parte del Estado demandado y que, por un lado, ese porcentaje "no encuentra paralelo en la práctica de ningún otro tribunal internacional contemporáneo", mientras que, por otro lado, con ese dato los países latinoamericanos demuestran que su cultura jurídica "no queda a deber nada a la europea y, mucho menos, a la norteamericana". Como ejemplo de los casos en que los Estados han pedido perdón a las víctimas, el autor cita el caso *Gutiérrez Soler versus Colombia* (2005), señalando que, si bien a veces el perdón es considerado satisfactorio por las víctimas, otras veces el mismo debe ir acompañado de actos de justicia, en el sentido de reconocer debidamente los sufrimientos y de poner fin a la impunidad. En este contexto, Antônio Cançado afirma que la reparación en esta materia debe abandonar la perspectiva tradicional "civilista" de la reparación de daños para pasar a una concepción de "reparación del sufrimiento humano", apropiada para las violaciones de derechos humanos (p. 283).

Íntimamente relacionados con lo anterior, los temas tratados en la Parte II, giran en torno a la responsabilidad internacional del Estado y a la consideración de los derechos humanos habitualmente vulnerados por él. El autor no sólo determina las bases sobre las cuales cabe determinar esa responsabilidad internacional⁹ sino que analiza el modo de sancionarla, explicando el tema de la procedencia de daños punitivos o ejemplarizantes para los casos en que dicha responsabilidad es "agravada" (como lo es en los crímenes de Estado, pp. 70 ss.) y la ampliación del contenido material del *ius cogens* (pp. 73 ss.). La Parte II se completa con el desarrollo del tratamiento que la CtIADH ha dado a la violación del derecho a la vida, del derecho a la identidad cultural, de la protección internacional de los migrantes y del derecho al juez natural.

Si la jurisdicción y el derecho material son fundamentales en la construcción del sistema interamericano de derechos humanos, los aspectos procesales pueden a veces jugar un rol esencial en la efectividad de éstos. La Parte III de las memorias de Antônio Cançado se refieren precisamente a estos aspectos, comenzando por uno de los puntos centrales de todo el pensamiento jurídico del autor: la persona humana, verdadero sujeto del derecho internacional, debe tener acceso directo a los tribunales internacionales contemporáneos de derechos humanos (pp. 109 ss.). La influencia en este sentido de la reforma del Reglamento de la Corte, es particularmente analizada. Otro aspecto especialmente desarrollado por el autor en esta Parte III es el de las dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones *erga omnes* de protección, lógico complemento procesal a la ampliación del *ius cogens* en el derecho sustantivo. Así, por un lado, las obligaciones de protección de los derechos humanos "son debidas a la comunidad internacional como un todo"¹⁰. Por otro lado, dichas obligaciones no sólo vinculan a los órganos y agentes del poder público, sino también a los particulares en sus relaciones entre sí¹¹. La Parte III se completa con el tratamiento de la importancia del procedimiento oral y de la necesidad de realización de audiencias públicas, con vistas a materializar el principio de igualdad de armas y a garantizar la observancia del principio del contradictorio (p. 134).

Entre los temas que Antônio Cançado incluye en la Parte IV, dedicada a las "Cuestiones de hermenéutica jurídica", se encuentran el principio de competencia de la competencia (tomado desde la óptica de las facultades que son inherentes de la Corte, pp. 141 ss.), las cuestiones de interpre-

tación, aplicación e integración de la Convención Americana, la proyección del sufrimiento humano en el tiempo, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y el desarrollo de una dimensión preventiva de la actividad de la CtIADH a través del carácter vinculante y la expansión de las medidas provisionales de protección.

Finalmente, las "Cuestiones institucionales" (Parte V) conducen a una valoración global de la obra. El autor se refiere especialmente a la coexistencia y diálogo entre los tribunales internacionales y a la difusión de la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, como cuestión "institucional", es importante poner el acento en las relaciones entre la CtIADH y la organización internacional de cuyo sistema forma parte, sobre todo en el momento actual en el cual la cuestión está otra vez en discusión, tanto por el cuestionamiento de algunos Estados (es el caso de Ecuador, por ejemplo) como la eventual afectación que podría tener en su accionar la creación de nuevas organizaciones internacionales con un alcance más reducido que el de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En efecto, a lo largo del libro, el autor no ahorra críticas a la falta de compromiso de la OEA hacia su sistema protector de derechos humanos y más concretamente hacia su Corte, actitud que es compartida (habría que decir, tal vez, motivada, ya que las organizaciones internacionales rara vez son algo diferente de sus Estados miembros, así como los tribunales no lo son de las personas humanas que ejercen la actividad de jueces, p. 206) por los representantes de los Estados miembros. Así, puede leerse "las Delegaciones de los Estados miembros de la OEA me escucharon, con atención y cortesía, en todas las ocasiones, pero al final, nada de concreto hicieron" (p. 27; ver también pp. 7, 28, 31, 33, 123 y 124). Es interesante constatar como la OEA no siempre ha apoyado a su propio tribunal, incluso cuando estaba en juego la supervivencia del mismo (p. 3), como sucedió en el conflicto iniciado con la pretensión del ex presidente del Perú Alberto Fujimori de "retirar" el instrumento de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte con "efectos inmediatos", a raíz de la sentencia recaída en el caso *Castillo Petruzzi y Otros* (pp. 5 ss.). Ahora bien, es justo mencionar que las críticas son acompañadas por propuestas de reformas, que Antônio Cançado realizara como Presidente de la CtIADH y sobre las que insiste ahora. Una de ellas es la creación de un mecanismo permanente para la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las sentencias de la Corte (pp. 27 ss.); otra, la creación de un fondo de asistencia judicial gratuita para peticionarios carentes de

medios materiales para defenderse (p. 33); y, más general, son de sobras conocidas sus *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección* (pp. 110 ss.). En los tres casos, es evidente que no ha tenido éxito, aunque la primera falencia ha sido de algún modo suplida por la propia Corte¹². Pero eso nada quita a la justicia y a la actualidad de las propuestas.

En ese “jardín de senderos que se bifurcan” que representa muy bien la actividad de quien desempeña el oficio de decidir cuestiones espinosas, Antonio Cançado Trindade puede dudar, como todos, al momento de valorar una prueba o de elegir

la norma jurídica aplicable. En cambio, la decisión no le supone ningún problema si una opción es aconsejada por un cierto pragmatismo político y la otra por el convencimiento de estar frente a la respuesta exigida por la justicia¹³. La idea de justicia es su único parámetro al momento de elegir. Por eso no es sorprendente que cuando algún amigo le recomienda que tenga más en cuenta las sensibilidades de los gobiernos, él siempre responda: “yo no soy político ni diplomático; a mí me eligieron para trabajar como juez”. Estas memorias no son más que una confirmación, en primera persona, de esa forma de sentir.

NOTAS

1. "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium", *Recueil des Cours*, t. 316-317 (2005).
2. L. Hennebel / H. Tigroudja, "Introduction et note aux lecteurs", en L. Hennebel/H. Tigroudja (dirs.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, p. 3.
3. Titulado Responsabilidad, perdón y justicia como manifestaciones de la conciencia jurídica universal.
4. Titulado Hacia el nuevo derecho internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del derecho internacional.
5. Titulada Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones.
6. Sentencia sobre competencia del 24 de septiembre de 1999, párrs. 45-47.
7. Sentencias sobre excepciones preliminares, del 1° de septiembre de 2001.
8. *Aloeboetoe y Otros versus Suriname*, 1991.
9. Ver, sobre todo, el párrafo 40 de su Voto Concurrente en el caso "Última tentación de Cristo" versus Chile (2001), p. 54.
10. Ver Voto Razonado del autor en el caso *Las Palmeras versus Colombia*, sentencia sobre excepciones preliminares, 4 de febrero de 2000.
11. Ver Voto Concurrente en el caso *Comunidad de Paz de San José de Apartado versus Colombia*, resolución del 18 de junio de 2002.
12. Ver la sentencia sobre competencia en *Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) versus Panamá*, 28 de noviembre de 2003.
13. Y su actitud no parece haber cambiado en el seno de la CIJ; ver, entre otros ejemplos, su voto particular en la Opinión consultiva sobre la Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo, 22 de julio de 2010, o su disidencia en el caso *Alemania c/ Italia*, 6 de julio de 2010, orden sobre demanda reconvenional.

LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL ESTADO DE DERECHO, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LOS MENORES DE EDAD Y SUS DERECHOS HUMANOS



Emma Mendoza Bremauntz

Profesora por oposición en la Facultad de Derecho de la UNAM, con 40 años de antigüedad docente; Miembro Fundador de la Sociedad Mexicana de Criminología de Quiroz Cuarón; Consejera Universitaria en la Universidad Nacional Autónoma de México

1. INTRODUCCIÓN

El planteamiento fundamental de este trabajo es impulsar y entender el manejo de los menores infractores, con base en la Convención Internacional de los Derechos del Niño como una opción jurídica, social, criminológica y principalmente lógica y humanitaria, mediante la cual la ejecución de las medidas aplicables a los menores infractores parta de la comprensión de que los niños, en el más amplio sentido expresado en la citada Convención, son personas en desarrollo que no han alcanzado la madurez necesaria para asumir las responsabilidades que el libre ejercicio de todos sus derechos puede ocasionar y que la responsabilidad que puede exigírseles ha de estar en el nivel de esa madurez y los derechos y oportunidades que se les han reconocido para su cumplimiento así como las obligaciones derivadas de dicho ejercicio.

Asimismo se intenta desmenuzar y clarificar las razones esgrimidas teóricamente para justificar el surgimiento de una Doctrina de Protección o Justicia Integral para ellos, defensora de la inclusión y regularización de todos los derechos que la Convención contempla para sus firmantes, reconociéndolos y permitiendo legalmente y con todas sus consecuencias el ejercicio de estos y la asunción de ellas, incluyendo un manejo cuidadoso del lenguaje jurídico para evitar las frecuentes confusiones entre lo penal y la opción en verdad aplicable humana y lógicamente a los niños o menores de edad en todas sus etapas.

Para alcanzar dichas posibilidades en la realidad y no sólo declaratoriamente, se ha de requerir la comprensión de sus causas y efectos y la verificación de toda la logística necesaria para que auto-

ridades y población, es decir la sociedad entera de cada país que asuma esta obligación comprenda y realmente se disponga a cumplir con el compromiso adquirido con la firma de la Convención en su real extensión. Se debe comenzar por la difusión de su conocimiento y razón. De eso se trata este trabajo.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El siglo que inicia se asoma a una serie de eventos y principios que durante todo el siglo pasado comenzaron a madurar y han ido evolucionando y logrando una aceptación que la globalización misma ha impulsado, porque uno de los aspectos positivos de esta tendencia mundialista ha sido precisamente buscar la homologación de principios jurídicos para encontrar un lenguaje común, un “esperanto” que facilite la comunicación entre personas y entre países.

Uno de los avances más impresionantes que la tecnología y la ciencia han logrado en este periodo es precisamente el relativo a las comunicaciones y resulta redundante profundizar en el tema aunque se hace necesario cuando menos comentar su importancia en cuanto al impacto que sus avances han tenido tanto en la vida social como en el mundo jurídico.

La era del conocimiento, como han dado algunos futurólogos en llamar la etapa actual, está profundamente ligada con la comunicación y las facilidades para la transportación de las personas y los objetos como de las ideas.

Sabemos que el organismo internacional que más ha impulsado la paz y el acercamiento entre los hombres ha sido la Organización de

las Naciones Unidas, (ONU en adelante) creada precisamente con la idea de impedir una nueva conflagración con las consecuencias funestas que tuvieron las dos llamadas Guerras Mundiales de principios del siglo XX, lo cual precisamente justificó el nuevo intento de creación de un organismo supranacional que pudiera ayudar a solucionar los conflictos que surgieran entre naciones para evitar su agravamiento y el estallido de un incidente bélico que pudiera, con los avances tecnológicos en las armas, amenazar definitivamente la existencia del ser humano en la tierra.

Y frente a esta descomunal tarea, la ONU ha ido desarrollando y apoyando la búsqueda de uniformidades, en normatividad, en lenguaje, en la adopción de principios jurídicos, en la solución de conflictos, en la capacitación de personas de todas las naciones para estos y otros muchos más fines que ha asumido como su responsabilidad.

Resultado de ello ha sido el crecimiento, la ampliación del Derecho Internacional y el impulso de sus diferentes aspectos como ramas de este derecho, surgiendo y madurando áreas jurídicas como el Derecho de los Tratados, el Derecho Económico Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y en relación con este trabajo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En los hechos bélicos de fines del siglo XIX se basa la preocupación de Henry Dunant, quien impulsa la creación del Comité Internacional de la Cruz Roja para suavizar los sufrimientos ocasionados por las guerras, ayudar a las personas dañadas por ellas, lográndose el consenso necesario para generar los primeros documentos conteniendo normas jurídicas para contener los excesos bélicos y formular el que primero se llamó Derecho de la Haya y posteriormente Derecho de Ginebra y más recientemente Derecho de Nueva York, por las ciudades en que fue modificado o impulsado, el cual constituyó las bases para desarrollar lo que ahora se conoce como Derecho Internacional Humanitario.¹

Aunque los esfuerzos que al final de cada conflicto hacen personas de buena voluntad para que esos hechos no se repitan, siempre hay intereses y ambiciones que no se detienen y los hechos sangrientos se suceden una y otra vez, como ya mencionamos las dos guerras mundiales que prepararon también el terreno para el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, buscando una paz definitiva para el mundo, impulsando el reconocimiento mundial de estos derechos, aun sin obtener los resultados buscados en los dos casos.

Sin embargo, los principios van avanzando y depurándose las redacciones y en la expresión de los representantes del Comité Internacional de la Cruz Roja, se ve una convergencia, a pesar de ser uno, abiertamente producto de las guerras y el otro buscador de la paz, "con un mismo objetivo: proteger y salvaguardar los derechos de las personas en todas las circunstancias."²

Son aún asuntos que mucho han de evolucionar y modificarse para ajustarse a los intereses y necesidades de miles de personas y docenas de países, pero representan un buena opción para evitar o al menos limitar los conflictos armados, el desperdicio de vidas humanas y el sufrimiento que ocasionan, buscando, además, mejores condiciones de vida para estas, protegiendo a los que lo necesitan desesperadamente por su condición de pobreza, de ignorancia y debilidad.

Estas áreas jurídicas internacionales presentan, conforme pasa el tiempo, aspectos más aceptados y más uniformes, logrando introducirse en las sociedades modernas y poco a poco también en sociedades más atrasadas, de manera que representan una esperanza para el bienestar de los seres humanos, menos lejano cada día, aunque tampoco está a la vuelta de la esquina ni es ya una realidad aceptada unánimemente.

Las instituciones regionales de la ONU han procurado su difusión, en especial la relacionada con los Derechos humanos, respecto a los cuales me interesa la referencia a su reconocimiento y garantías para los menores de edad, cuestión que conjuntamente con principios especiales para ellos, aborda la Convención Internacional de los Derechos del Niño (la Convención en adelante), uno de los documentos multilaterales que mayor aceptación ha logrado de los trabajos y propuestas de la Organización de las Naciones Unidas.

Esta Convención no es el único de los documentos internacionales que se ocupan en general de los Derechos humanos con atención especial a los de los niños, ni siquiera es el primero en ocuparse de ellos ya que la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 expresa en el Preámbulo que "...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...", a los cuales han prometido los Estados partes de las Naciones Unidas "respeto universal y efectivo para los derechos y libertades fundamentales del hombre."³

Los niños son parte de la familia humana y quizá la parte que necesita más de protección y

apoyo, educación, alimentación y todo aquello necesario para llegar a su edad adulta con capacidad y fortaleza para seguir adelante en beneficio de la sociedad en que vive y de la que forma parte, la sociedad humana.

3. UN ESTADO DE DERECHO

Con el incremento de trabajos y compromisos internacionales, mucho se ha manejado el debilitamiento y posible desaparición de los Estados Nacionales, todos unidos en un arreglo político a un gobierno supranacional impulsado por la globalización, al que nos hemos acercado mediante la intensificación de acuerdos internacionales y propuestas organizadas e impulsadas por poderosos cuerpos transnacionales de perfiles variados, que han ido regulando internacionalmente aspectos de la vida de los países en lo laboral, en lo económico, en lo financiero y en muchos otros aspectos de la vida social y jurídica.

Pero las intensas y generalizadas crisis económicas desatadas en años recientes han demostrado la importancia y poder de estos Estados en cuanto a la coordinación de acciones y la natural forma de hacer llegar las decisiones e inclusive tomarlas y difundirlas de manera informada entre su población.

Por ello, entre otras muchas razones de intereses, conocimiento, idioma, historia y tradiciones, por ejemplo, se ha de subrayar la importancia de su participación con cierta soberanía y conservación de poderes propios e independientes, así como su conservación y ajuste a los nuevos tiempos globales sin abandonar los intereses y normatividad particulares de su propio país.

Esto mantiene vivas las muchas teorías que se han generado par explicar estos poderes y marcos legales entre las cuales se encuentra, en razón de todos los planteamientos internacionales y las necesidades propias del país, el concepto del Estado de Derecho al cual se le han agregado rasgos especiales como el que sea democrático, o social, lo que agrega al compromiso inicial de su existencia unas características más de importancia para encajar adecuadamente en el sistema mundial y decidir sus actitudes al respecto, en las cuales ha de tomar en cuenta la voluntad de sus conciudadanos y su mayor beneficio.

Estas condiciones modernas exigen nuevas teorías y compromisos pero también que se parte de la puntualización de alguna de sus características básicas para actuar correctamente al comprometer sus países, dando muestras de com-

promiso primero con ellos y con el compromiso contraído al haber sido electo para encabezar y orientar a su nación.

Pero se debe partir, para que exista orden y posibilidades de progreso para un país y mejoría de opciones para la población, con el respeto que merece la convivencia social, que el Estado sea un Estado de Derecho, es decir, con la evolución del término que en principio sólo podría ser el Estado regido por el Derecho para poder actuar, con la influencia de las ideas liberales descendientes de la Ilustración, el Estado de Derecho sólo podría ser el que obedece a las normas que ha creado, satisfaciendo las exigencias de la democracia y la seguridad jurídica.

Y ya en el siglo XX se difunde, precisamente a partir de la creación de la Constitución mexicana de 1917, el aspecto social que se confirma mundialmente en la primera post guerra de 1919, una concepción del Estado Social de Derecho que pretende superar las deficiencias del individualismo del Estado liberal en el cual el Estado ha de abstenerse de intervenir en cuestiones como la economía para respetar las decisiones individuales, pero la necesidad de proteger a los grupos humanos desvalidos lo obliga, en esta visión social, a reconocer y tutelar los derechos sociales y la realización de objetos de bienestar y justicia sociales.⁴

4. LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN CUANTO A LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Se logra, con discusiones y esfuerzos, reuniones nacionales e internacionales, avanzar en el reconocimiento de los derechos del niño y en la búsqueda de que la Declaración de sus derechos fuera un compromiso para los países firmantes y es así como se genera la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño que en su Preámbulo explica que:

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”,

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

y en general, explicando enfáticamente antecedentes y expectativas, principios e ideales respecto al niño, la Convención viene a ser el documento más importante en relación con los niños, el reconocimiento de su especial calidad humana, su necesidad de protección y todo lo que incluye y demanda la posibilidad de desarrollarse a plenitud.

De ahí la tristeza de que a pesar de haber sido formalmente adoptado por casi todos los países de mundo, en la realidad los avances dejan aún mucho que desear, con pretextos de imposibilidades económicas, con omisiones e interpretaciones equívocas, inclusive con la injerencia de intereses políticos o de otros órdenes menos importantes.

La miseria, la falta de protección, la violación de sus derechos humanos, entre otros, se enseñorean en el mundo que debería ser idílico para la niñez y es oportuno que se vuelva la vista a los más elementales principios contenidos en la Convención, para ir marcando su realización y los esfuerzos estatales para lograrlo.

Es de observarse que si bien el proceso puede ser lento, no debe ser equívoco y han de tomarse medidas para avanzar, aun cuando sea lentamente, hacia el cumplimiento de las metas previstas en la Convención y analizar los efectos de la desatención de éstas en el desarrollo de los países, ya que los aspectos humanitarios parecen no vencer a todos los gobiernos.

Es a partir de la Convención como se genera la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño, misma que se apoya además en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores, las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y todos los otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y de comprensión y explicación de los derechos de los niños, con lo que se suma la posibilidad de generar y soportar dicha Doctrina.

5. LAS ETAPAS DE LA NIÑEZ

Vale aclarar que el uso del término *menores* ha sido objeto de diversas críticas en cuanto pudiera entenderse, con muy mala voluntad, que los *menores* es una forma despectiva de referirse a los

niños, cuando analizado con más seriedad, es clara la referencia a los menores de 18 años, tanto en la Convención como en otros documentos ya citados y que en realidad el término *menores de 18 años* otorga una seguridad jurídica basada en la naturaleza, aunque se le puede ver como una ficción de derecho permitida, para que haya la certeza de saber con toda precisión, a que plazo etario se está refiriendo la ley.

La objeción se sustenta en el conocimiento de las diferentes etapas por las cuales un niño atraviesa, que le reconocen ciertas características diferenciales que son pedagógica y biológicamente aceptadas como son, por ejemplo la primera infancia entre el nacimiento y los 6 ó 7 años, la infancia propiamente dicha de los 6 a los 12 años, con claras características también que no es el caso mencionar, la pre adolescencia cuando se inician los rasgos hormonales de la pubertad entre los 11 y los 13 años y que varía entre el varón y la niña pero que sí representa en ambos un gran cambio, crecimiento de estatura, aumento de peso y formación de los rasgos básicos diferenciados entre el hombre y la mujer y desarrollo de los caracteres sexuales secundarios, vello, forma del cuerpo, menstruación, crecimiento de senos y redondez de caderas en las mujeres y eyaculaciones en los varones que desarrollan musculatura, amplitud de espaldas cambios de voz y los demás ya conocidos.

Y finalmente viene la adecuación del organismo y la vida a la adolescencia, etapa en la que el individuo en crecimiento deja de ser pequeño pero sin haber llegado a la madurez del adulto, situación que precisamente por implicar un tránsito sumamente complejo fisiológico, físico, emocional e intelectual, se le da un tratamiento limitante en el goce y ejercicio de todos sus derechos, precisamente por no ser una persona madura totalmente.

Es de gran interés la comprensión de todas estas etapas, especialmente la variación general de las edades en que cada persona las alcanza, ya que, en realidad, las correspondientes a la niñez que menciona la Convención, en su etapa final que, acabo de referir, por su cercanía a la mayoría de edad jurídica y la adultez fisiológica, permite un parecido físico bastante cercano entre ambas y las autoridades gubernamentales encuentran, con el peso de la tradición y la preocupación política, difícil de aceptar y más aún de convencer a las víctimas de algunos delitos cometidos por menores infractores, de que se pueda justificadamente utilizar para ellos el término de niños.

Esto puede explicar la aceptación bastante profusa en América Latina de denominarlos

adolescentes en lugar de niños en la legislación referida a los menores infractores, aunque también subyace una intención de reintroducción al sistema penal de los adultos que precisamente ha evolucionado en el fin del siglo XX hacia una idea represiva del castigo como consecuencia de la comisión del delito, sin atender a los fines meta jurídicos que se desarrollaron a partir de los años cincuenta impulsados por la ONU.

La intención un tanto oculta de esta reintroducción de perfil penal se explica en razón de dos cuestiones:

- a) La presión de los Estados Unidos de América para generalizar su sistema jurídico penal en toda su zona de influencia, pese a los orígenes y estructuras tan diferentes por su tradición romano-germánica de América Latina y la anglosajona de los referidos Estados Unidos y
- b) La permanente oposición de grandes grupos académicos para reintroducir a los menores de edad al sistema penal vigente, lleno de vericuetos y corruptelas además con tendencias represivas orientadas al ejercicio punitivo más que a la rehabilitación tanto de oportunidades como de satisfacción de necesidades de la mayoría de los menores involucrados en actividades delictivas.

Estas condiciones nos llevan de la mano hacia un análisis más de fondo en lo relativo a la postura superficialmente cuestionable adoptada por UNICEF y por varios países europeos en cuanto a la utilización ya abierta de un régimen penal especial aplicable a los menores infractores que comento adelante.

6. LA EJECUCIÓN PENAL Y LAS MEDIDAS APLICABLES A MENORES DE 18 AÑOS

Es fundamental la comprensión en cuanto a la ejecución penal y a los aspectos teóricos que la hacen totalmente diferente de la visión histórico-evolutiva de a la manera de tratar a los menores de 18 años que se ven involucrados, acusados o señalados como partícipes en acciones que verificadas por adultos serían procesados como delitos.

Esta comprensión requiere una mirada no sólo jurídica, que es fundamental, sino también atendiendo a la forma como en la actualidad se han modificado los conceptos en cuanto al manejo de los adultos delincuentes y desde luego de los requerimientos de los niños en la concepción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (la Convención, en adelante) que en la práctica, con sus variantes, se ha convertido en

ley en la mayoría de los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

Respecto a los adultos sólo he de puntualizar que, a pesar de las terribles condiciones generadas por el crecimiento y afinación de las actividades delictivas transnacionales, la visión de la búsqueda del cambio de conducta y actitud para vivir en libertad, una vez compurgada la pena y como consecuencia de esta, no se ha modificado formalmente y la mayoría de las normas constitucionales conserva como fines de la pena la readaptación social o utiliza cualquiera otro de los términos derivados de las teorías de las "re".

Es necesario anotar que, a pesar de que muchos países, frente al fenómeno llamado delincuencia organizada en especial la transnacional, se desesperan por los bajos niveles de capacitación y por las limitaciones económicas para equipar adecuadamente a su personal encargado de perseguirla, han optado por medidas penales más rigurosas y represivas, lo cual impacta también la concepción del menor que se había acordado internacionalmente llamar infractor por su involucramiento en actividades tipificadas como delitos.

En nuestros países latinoamericanos, se insiste en la referencia al menor de 18 años, hacia quién están enfocadas las medidas sancionatorias o preventivas cuando realiza actos violatorios de leyes penales, en denominarlos adolescentes con el pretexto de que son demasiado grandes para llamarlos niños y el término menores es denigrante, lo cual es sólo una falacia que parece ocultar intenciones que justifiquen una actitud represiva, semejante al sistema de justicia penal de los Estados Unidos de América que comento más adelante.

Pesar las presiones internacionales provenientes de algunas naciones poderosas para generalizar la búsqueda de soluciones represivas es algo que se tiene que tomar en cuenta; sin embargo subsisten las normas y políticas propiciadas por organismos como la Organización de las Naciones Unidas (ONU en adelante) y los correlativos organismos regionales como la Organización de Estados Americanos (OEA), en el sentido de tratar humanamente a sus sentenciados por asuntos penales, es decir, a sus delincuentes y respecto a los menores infractores se encuentran vigentes las posturas contenidas en la Convención a la cual casi todos los países del mundo se han adherido.

Se ha buscado la explicación y aplicación de los principios que este instrumento contiene, para facilitar su utilización práctica en los países miembros y aún en otros que todavía no se integran la ONU por diversas circunstancias.

Con este fin y atendiendo la visión de la Convención, se han generado las Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos de las Naciones Unidas, aprobadas y publicadas con el ECOSOC en 2007, confirmando los planteamientos de documentos semejantes como el generado por Canadá que en esencia inspira casi la totalidad del texto de la ONU.

Veo necesario comentar el tema en virtud de que muy poco se ha comprendido la tendencia internacional de tomar en cuenta que los niños, en todas las etapas de su desarrollo, antes de llegar a la edad adulta, siguen siendo una persona en crecimiento, un ser diferente y diferenciado del niño pequeño pero que a ambos por mucho tiempo se les consideró como objeto, propiedad de sus padres, familiares o el Estado inclusive.

Esta condición permitía que con él se hiciera lo que la voluntad de los adultos decidiera, sin tomar sus opiniones en cuenta más que muy rara vez, concepción que ha evolucionado pero muy lentamente, al grado en que al niño menor de 18 se le sigue considerando como objeto y se le encierra y castiga todavía para que responda penalmente por sus actos delictivos, sin que en la realidad legal sea aún adulto en pleno uso de todos sus derechos y obligaciones, como lo menciona la Convención de los Derechos del Niño.

Algunos autores como Miguel Cillero Bruñol en cuanto a la situación de los menores infractores y en general en relación con los niños y la Convención, consideran que, a partir de su aprobación en 1989, culminó el proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos del niño desarrollado durante el S.XX.

No deja de ser cierto que la generación de leyes para abordar problemas sociales como es el caso de los niños en las etapas finales de la niñez, como es la pre adolescencia y la adolescencia misma, con su sola aprobación parecen resolver los problemas, pero al no cumplirse o al no resolverlos adecuadamente, los hacen invisible y ya no se busca la solución correcta, dejándolo en peores condiciones que las iniciales.

Por eso es importante, a pesar de que ya han sido puestas en vigor multitud de leyes supuestamente basadas en la Convención, insistir en su estudio y la difusión de la interpretación y visión verificada por las instituciones que la originaron, atendiendo a sus propios principios e intenciones.

Se han aprobado nuevos instrumentos para la protección de los derechos humanos y en especial los de los niños y continúa la búsqueda de los medios para promover y garantizar su efectiva

protección, reconociendo a la vez la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas que por sus características de vulnerabilidad los requieren.

Surge así el derecho de la infancia-adolescencia en América Latina en busca de la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contemplados en la Convención⁵ y en los instrumentos internacionales de Derechos humanos en los cuales no son excluidos los niños e inclusive se les prevén algunos específicos más.

Y no sólo eso, es de prohibir que se le trate de castigar como adultos, cuando se ha aceptado que al adulto ya no se debe castigar sino resocializar, readaptar y apoyar para su reinserción en los mejores términos posibles, de acuerdo con las propuestas de la Organización de las Naciones Unidas y conforme a los términos, por ejemplo, en el caso de México y muchos países más, que en la Constitución Política establece los principios de su manejo de nuestro artículo 18 dese 1917 y de nuestra ley de Normas Mínimas para Sentenciados de 1971, aún vigente pese a las reformas y deformaciones que se le han hecho.

Debe responder el joven niño-adolescente, a un sistema integral de justicia, mal comprendido y entendido penal en la mayoría de las legislaturas del país y de muchos países latinoamericanos que lo siguen entendiendo no como integral sino como penal represivo, con los criterios punitivos que se han acentuado en los años recientes, tal vez propiciados por la violencia delictiva transnacional.

No puedo omitir mencionar la influencia que, en el sistema jurídico penal mexicano, han tenido las políticas penales y penitenciarias en los fines del siglo XX y el inicio del XXI, que también han impactado el mundo de los menores infractores y su regulación legal, especialmente con la normatividad que se maneja en los Estados Unidos de América y en la cual se le asigna un papel de objeto a los menores, sean víctimas de abandono, orfandad, maltrato o abuso, o bien hayan cometido algún delito.

Tal vez esta facilidad de cambiar la idea del menor tutelado hacia el menor responsable penalmente ha sido propiciada por la utilización del término adolescentes, el cual tal vez con una buena intención fue utilizado por algunos documentos relacionados con la Convención y claramente refiriéndose a las etapas finales de la niñez, en que el menor de 18 años aún se encuentra en desarrollo como se anotó en el inciso referido a las etapas de la niñez.

Se utiliza también la denominación jóvenes que es igualmente imprecisa, con la idea contraria a la que finalmente se impulsó, pues en la práctica se les ha considerado no menores de edad o niños, como los ven los documentos internacionales sino semiadultos, olvidando que los jóvenes o adolescentes son personas en crecimiento que aún no alcanzan la madurez necesaria para considerarlos adultos, como se analizó líneas arriba

Y resulta del todo injusto que si no tienen todos sus derechos para un libre ejercicio, si se les apliquen las consecuencias por incumplir las leyes penales. No se trata de mantenerlos irresponsables de sus hechos, pero sí de no hacerlos responsables penalmente cuando menos no en los términos de la culpabilidad dogmática y mucho menos de ponerlos en manos de un cuestionado y cuestionable sistema penal de adultos. Esa diferencia que parecería sólo semasiológica tiene unos efectos profundos por cuanto a sus consecuencias en este caso, para el menor infractor o menor de 18 años simplemente.

El desarrollo de la doctrina de la situación irregular del menor infractor, en algún momento, al reconocerse la necesidad de un trato diferenciado entre adultos y menores involucrados en actividades delictivas, con una visión tutelar protectora se introduce en situaciones muy diferentes que oscilan entre el abandono y la delincuencia, entre la falta de educación y la malicia, entre la protección y el castigo, lo cual a la larga y con base en la Convención, origina una reacción que, tomando en cuenta la autonomía y los derechos del niño, busca resolver sus problemas separando los diferentes aspectos del manejo de los menores por motivos y edades distintas ya anotados.

Una necesaria diferenciación de medidas y planes.

Sin embargo, los planteamientos de esta doctrina de la situación irregular del menor infractor, en la práctica llevó a extremos lindantes o que rebasaron el abuso en contra del menor al considerarlo igualmente objeto manejable si está en cualquiera de los casos extremos, sin mayor análisis o quizá sin detallar el porqué de las decisiones que absurdamente incluían en el mismo régimen a niños víctimas del delito, abandonados, pobres o extraviados, niños mal portados en la escuela o desobedientes junto con menores involucrados en actividades delictivas.

Cierto es que todos ellos necesitan tutela y apoyo social, alimentación, amor, orientación hogar, vestido, atención de salud, como muchas

otras personas que viven en la miseria y en la miseria extrema, pero no es posible sujetarlos al mismo trato a todos por igual, individualmente o por grupos seleccionados, todos deberían ser apoyados y orientados para lograr mejorar sus vidas, pero no como si tuvieran todos las mismas necesidades.

Una posterior concientización de los errores, relativa en mi criterio a la consideración de que la acción tutelar es la responsable de estas equivocaciones y suprimiéndola inclusive de las responsabilidades familiares, sociales y estatales, lo cual también constituye un extremo incorrecto; genera otra corriente que intenta establecer responsabilidades a los menores como resultado de los actos que verifican en violación de las leyes penales.

En un momento dado e impulsada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño se genera la llamada Doctrina de Protección Integral de los Derechos del Niño con la cual se intenta separar las medidas y programas de protección y los derechos humanos de los niños para generar sistemas jurídicos integrales, que poco a poco deben ir comprendiéndose e introduciéndose en el medio socio-cultural y jurídico de los países, exigiendo una responsabilidad social de los menores. Desafortunadamente aún no se comprende con claridad la idea de la protección integral y menos aún la responsabilidad posible no penal de los menores de 18 años.⁶

En ésta, el niño es visto como ciudadano que progresivamente ejerce su derechos fundamentales por sí y se le reconoce, cuando joven, un cierto grado de responsabilidad por sus actos cuando estos violan los derechos básicos de otras personas y pueden conducir legítimamente a sanciones preventivas, por lo que el Estado, en esos casos, debe ofrecer los medios necesarios para garantizar esos derechos.

Esta modificación ha ocasionado en muchos sistemas jurídicos una confusión en cuanto a la utilización de términos como integral con penal y como responsabilidad sin la necesaria precisión que la diferencie de la responsabilidad penal.

Y es importante tener presente que la naturaleza misma de la pena implica un sufrimiento, la limitación grave de uno de los derechos fundamentales del ser humano que es la libertad, cuando se le llame a su limitación pena o medida de seguridad, aún con las mejores intenciones anunciadas en las leyes y lejos de la realidad dolorosa y miserable las más de las veces.

Cabe aquí hacer un análisis acerca del trabajo de Julio Couso Salas⁷ que hemos ya comentado

pero que amerita, por su claridad y metodología, un amplio estudio que sin duda arrojará para juristas y académicos luces importantes sobre la visión de la Doctrina de la Protección Integral del Niño, fundamental para la comprensión de la evolución y propuestas legales motivadas en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, cuando menos en sus aspectos teóricos.

En la mirada de cualquiera estudioso del Derecho Penal y de la Justicia minoril, le resulta muy clara la preocupación que el autor en cita expresa sobre la evolución de la legislación de menores, enfocada específicamente a las cuestiones de los menores infractores y las medidas previstas en sus leyes, que como veremos a pesar de que teóricamente provienen casi todas las nuevas leyes latinoamericanas de la Convención, la visión sigue siendo muy diferente. Couso recurre a un análisis muy claro de los problemas que se presentan en cuanto a la posibilidad de puntualizar el problema de la separación de medidas y programas distintivos entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos.

La Convención ha llevado a las autoridades estatales de todo el mundo a modificar la visión, como hemos ya comentado, de la forma en que el ejercicio de los derechos de los menores se observa, tanto legal como administrativamente, además en la organización interior de las familias, aunque con menor intensidad, sólo de acuerdo con los niveles educativos de dichas familias.

Ya se había progresado en cuanto al reconocimiento legislativo de la diferencia entre la forma de reaccionar socialmente respecto a la participación o comisión de un delito por un menor de edad, incluyendo en la normatividad un manejo diferenciado de los niños llamados en estos casos menores infractores, organizando instituciones y tribunales con una visión diversa a la histórica y general de los adultos.

Un avance importante fue en su momento la creación de los sistemas tutelares, reconociendo no sólo la necesidad de tutela de los derechos del menor, representado precisamente por los tutores o en muchos casos por el Estado, para resolver los conflictos penales derivados de su participación en actividades delictivas.

Sin embargo, estas instituciones en su afán de proteger al menor del sistema de castigo que implica la aplicación de las penas previstas para los delitos, especialmente la de prisión que desde sus orígenes como pena ha producido graves problemas y sufrimientos, muchas veces no deseados

pero derivados de su propia naturaleza que afecta derechos humanos y además propicia los abusos contra los presos. Al sustituir la manifestación y ejercicio de sus derechos mediante la tutela del menor, exageró la participación en asuntos no penales sino administrativos y eventualmente hasta familiares y ajenos a cualquier delito o falta, violentando muchas de las protecciones que las leyes superiores habían generado para garantizar el ejercicio de los derechos humanos.

A mediados del siglo XX, va tomándose conciencia de dichos errores, especialmente a nivel internacional, proponiéndose primero el reconocimiento de los Derechos de los Niños en sus diversas versiones y posteriormente generándose la Convención ya claramente implicando compromisos de acción para los gobiernos firmantes.

En el reconocimiento de cierta autonomía para el ejercicio de sus derechos a los niños, se busca otorgarle un claro perfil educativo a la reacción prevista legalmente frente a la participación del niño en los delitos, observando dos manifestaciones diferentes en la problemática de los menores, una en cuanto a la detección del abandono y abuso del menor comprometido en actos delictivos y otro en cuanto a la responsabilidad que debe asignársele por la comisión del delito, sin lograr diferenciar adecuadamente estas dos manifestaciones vistas "como dos caras de una misma moneda."

Se habla de medidas y programas unos para hacer efectiva la sanción y otros con el fin de intervenir para proteger al menor y ayudarlo a superar sus carencias, por lo que se reconocen facultades al juez tutelar de menores para abordar ambos aspectos mediante un procedimiento común para aplicar ciertas medidas previstas en un catálogo legal único.

La confusión entre ambas hipótesis no disminuye para la decisión entre la limitación de derechos para el niño/joven infractor y los que presentan problemas conductuales además de los necesitados de protección que, por lo general, están seleccionados entre los más pobres y marginados contaminados por su mismo grupo social y familiar y peligrosos para el futuro orden social.

El manejo en general padece de los mismos defectos que el sistema penitenciario de los adultos aunque con consecuencias más graves al destruir la vida y las oportunidades de los menores así tratados con el soporte de la que se denominó como doctrina de la situación irregular de los menores. Está, con las críticas que fue propiciando permitió la construcción de una nueva doctrina jurídica basada en la Convención, acentuando la

autonomía y los derechos del niño e impulsando un cambio cultural que poco a poco avanza en algunos grupos sociales y prescribe la protección de dicha autonomía contemplada como parte de sus derechos humanos, situación que en general se entiende en el contorno latinoamericano como la doctrina de la protección integral.

Esta doctrina se enfoca en la protección de estos derechos, viendo al niño como el ciudadano que cada vez ejerce en mayor medida sus derechos fundamentales directamente, sin necesidad de tutores o representantes y, al mismo tiempo, va también atribuyéndosele un cierto grado de responsabilidad por los actos que producen la violación de los derechos básicos de otras personas y que puede inclusive conducir legítimamente a sanciones necesarias para prevenir ese tipo de atentados.

Sin embargo, para la aplicación de esas sanciones, el menor está dotado de todos los medios para proteger sus derechos, que la legislación prevé para cualquier ciudadano, para lo cual el Estado facilitará la plena vigencia de los derechos de niño y apoyará a éste para lograr la vigencia de dichos derechos.

Resulta de primer interés la mención de los derechos del niño en relación con la familia, porque aún siendo pequeño o quizá precisamente por esto, el niño tiene derechos como el de conocer a sus padres, con los cuales ha de tener una relación que le permita recibir cuidados y atención por ser eso, un menor en desarrollo que debe vivir con ello y recibir orientación y dirección para aprender a ejercer sus derechos y a desarrollarse en la vida. Y obtener en el espacio familiar poco a poco la autonomía para el ejercicio de estos derechos, autonomía verdadera que se irá ajustando conforme crezca y evolucione.

"De esta manera quedan claramente separadas:

- "i) la intervención sancionatoria que aunque de forma garantista (es decir, limitada por el respeto de los derechos y garantías) implica de cualquier manera una limitación a la libertad del niño-joven y
- ii) la intervención de resguardo o restitución de los derechos del niño, amenazados o violados que, en principio, no puede implicar restricción de sus derechos sino todo lo contrario, restitución y garantía de ellos.⁸

Así se promueve también la separación de competencias, medidas y programas con lo que se trata de proteger al niño las situaciones más variadas: de malos tratos por parte de sus padres, resolver los conflictos de carácter civil de las relaciones entre estos, y con sus hijos (tutela, alimentos vi-

sitas en caso de separación etc.) la protección jurisdiccional de los derechos económicos y sociales de los niños o de estos contra las dependencias del alcohol y drogas, la lucha contra el trabajo infantil, y muchas otras circunstancias que se pueden presentar y que tienen como mira la intervención para hacer efectivas las garantías legales para el ejercicio de sus derechos y no la protección de la sociedad y el orden público, como lo señala Couso, solicitando inclusive recursos legales para ello.

Antes de terminar este comentario, el autor hace referencia a la pena en cuanto posibilidad de consecuencia por la responsabilidad penal del menor, partiendo de una visión ontológica como un ser, no como una aspiración o deber ser, reconociendo que la pena por naturaleza causa un sufrimiento, dado que implica el sometimiento violento de la persona por parte del aparato estatal, independientemente de las metas útiles o sanas que a este sometimiento se le adjudiquen, siguiendo a Zaffaroni.⁹

Y a pesar de que la Convención y los planteamientos de la Organización de las Naciones Unidas reiteran en todos los documentos referidos que los niños o menores de 18 años involucrados en actividades delictivas deberán ser manejado mediante opciones que no impliquen el encierro, y que al referirse a las instituciones para estos menores siempre se comenta que deberán considerarse como una última opción a la que se acudirá cuando todas las demás no hayan funcionado, la realidad es que no sólo se utiliza así sino que la detención y la prisión preventiva son consuetudinarias.

Siempre la realidad supera las propuestas legislativas y teóricas y en el caso de la institucionalización de menores, por más que se reitera que no se debe acudir al internamiento más que como último recurso, la realidad nos golpea con ferocidad al comprobar que, pese a reportes estadísticos, los menores son internados constantemente y parece no haber una solución real a esta tendencia.

Sé que no resulta teóricamente aceptable el término prisión para referirse a las instituciones de menores, pero en la realidad, un sitio al que se introduce a una persona a una institución penal, por órdenes de una autoridad legalmente facultada, por haber cometido una conducta típica prevista en la ley penal, y de la cual no puede salir a voluntad, generalmente puede concebirse como prisión o cárcel. Es lo que sucede con los menores que son detenidos y puestos a disposición de un juez de menores y más aún si es por un delito grave que da lugar a una sanción. Inclusive muchas de las leyes de adolescentes, como se intitulan

ahora casi todas, prevé el encierro por un largo periodo de tiempo.

Por ejemplo, encuentro la decisión legislativa, pese a la Convención, de alguna entidad federativa mexicana que ha fijado términos para las medidas aplicables a menores infractores con un límite superior de 10 años y que serán determinados por el Juez Especializado de menores. Y los legisladores siguen proponiendo que se aumente a 20 en casos graves, independientemente de la edad del detenido o en relación con delincuencia organizada, con lo cual, como en los casos de adultos en esa materia, se anula la autonomía judicial para analizar el caso individualmente al estar fijado por la ley un límite elevado e inamovible.

Nuestro autor, con quien coincido en estos puntos, encuentra que es un eufemismo hablar de sanción porque en realidad se trata de una pena pues reúne ciertos elementos como:

- 1) Es una reacción a una infracción de normas,
- 2) Priva de o restringe el ejercicio de derechos o implica la privación de libertad actual o potencial aunque hay penas no privativas de libertad; la amenaza penal la contempla generalmente para el caso de incumplimiento de sus términos.
- 3) Es ejecutada por una autoridad competente legalmente.

Como se ve, esta caracterización incluye muchas medidas que no se conceptualizan como penas, y de hacerse así, podrían hacerse valer las mismas garantías que se tienen frente a las penas del Derecho penal formal.

Tal vez por eso algunos autores consideran necesario ya regresar a los niños al sistema penal para que puedan tener todas las garantías y defensas procesales penales que la ley prevé para facilitarle su defensa formal.

De cualquier manera, la intervención judicial respecto a los menores infractores es presionada en América Latina, en la actualidad, mediante la utilización del término *adolescentes*, denominación que se utiliza prácticamente en todas las nuevas leyes de menores, sin que esto signifique que a los pequeños pre adolescentes se les considere niños sino también adolescentes aunque con algunas previsiones en que la sanción y el manejo se suaviza.

8. ALGUNAS PRECISIONES ÚTILES

La Oficina Internacional de los Derechos del Niño, de Canadá, publicó en marzo de 2003 un documento relativo a la Justicia para los niños víctimas y testigos de los delitos que contiene de-

finiciones, descripciones y comentarios sobre las Directrices para los niños víctimas y testigos de delitos, elaboradas por dicha institución, en el cual encontramos definiciones y orientación para la implementación y manejo de esta área.

En las Directrices de Naciones Unidas, aprobadas por el ECOSOC en 2004, se adoptan como aplicables varios de los contenidos de las Directrices canadienses, entre ellas las siguientes definiciones elaboradas y publicadas en 2003 que vale la pena tomar en cuenta, en razón de presentar aspectos que fortalecen la postura enunciada respecto a los niños y adolescentes menores de 18 años que son considerados víctimas o testigos de delitos y, por ende, requieren un manejo doblemente especial:

Los niños víctimas y testigos, dice el documento, son los niños menores de 18 años, incluidos los adolescentes, que son víctimas o testigos de delitos, independientemente *de su rol en el delito o en la persecución del presunto delincuente o grupo de delincuentes....*

Proceso de justicia abarca los aspectos de detección del delito, planteamiento de la denuncia, investigación, persecución, proceso, juicio y procedimientos posteriores al juicio, sin importar si el caso se maneja a nivel nacional, internacional o regional, en el sistema de justicia tradicional o informal para adultos o para niños.

Adaptado a los niños, representa un enfoque que toma en cuenta las necesidades y los deseos individuales del niño.¹⁰

Profesionales, entendidos como las personas que en el contexto de su trabajo, estén en contacto con niños víctimas y testigos de delitos y a quienes se apliquen las presentes directrices. Esto incluye, entre otros, a: defensores de niños y víctimas, personal de apoyo, personal del servicio de protección de niños, personal de organismos de asistencia pública infantil, fiscales y abogados defensores, personal diplomático y consular, personal de los programas contra la violencia familiar, jueces, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, profesionales de la salud mental y física y trabajadores sociales.

El conocimiento de estas definiciones contenidas en las Directrices nos abre la posibilidad de que en el procedimiento para decidir la situación de los niños involucrados en actividades delictivas se revise la trayectoria de vida del menor infractor y se analicen las condiciones en las cuales fue enganchado o atrapado para realizar acciones delictivas, a fin de que la decisión final sobre su ma-

nejo y medidas aplicables sean realmente justas y no una acción abusiva y arbitraria cometida por adultos en contra de un menor que no ha tenido oportunidades en la vida.

9. LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS POR LA DELINCUENCIA Y LA PRECISIÓN DE CONCEPTOS

Resulta lógica la idea de que los menores que no han tenido apoyo familiar o que provienen de familias criminógenas, no han aprendido valores sociales y, por lo mismo, les es indiferente colaborar o no con grupos delictivos o con grupos sociales, pudieran entender ambos casos como un trabajo más al que pueden dedicarse.

Se dice y con razón que en América Latina los trabajadores han tenido que acceder a sistemas laborales que no les otorgan posibilidades de pensión y jubilación, ni protección a la salud para ellos y sus familias, que la tasa de desempleo de los jóvenes triplica. En este siglo, el desempleo de los adultos en las ciudades, que 6 de cada 10 jóvenes tienen empleo informal de ocupaciones no agrícolas y los que logran empleo en el sector formal, el 37% no están protegidos por la seguridad social porque se trata de empleos precarios vulnerables a los ciclos económicos. (inestables e inseguros), es decir, casi siempre empleos eventuales.

Se comenta que en América Latina, el 40% de los trabajadores no accede a servicios de salud como consecuencia de su relación laboral en tanto que el 43.5% no cotiza una pensión para el retiro, según datos de la OIT para América Latina. Se sabe que los generadores de empleo en las economías con dificultades en el sector formal o los empleos de este sector son poco atractivos por su bajo nivel de remuneración y por su precariedad, como es el caso de los trabajos por tiempo determinado, el no otorgamiento de la totalidad de prestaciones laborales y la falta de seguridad social, aún cuando se trate de acciones legalmente autorizadas, no de economía ilícita o delictiva.¹¹

Cuando priva el lema, entre los jóvenes marginados de que es preferible "morir rico y joven que viejo y pobre", debería haber muchos focos rojos encendidos en los gobiernos, no esperar hasta tener los graves resultados que se están viviendo cuando las miserables *maras*, producto de la discriminación racial en los Estados Unidos, y las dictaduras centroamericanas se han convertido en pandillas transnacionales temibles y sin límites, destrozando las esperanzas de miles de jóvenes y migrantes en el mundo latinoamericano y presio-

nando a los Estados a tomar medidas arbitrarias y en contradicción con los principios penales tan cuidadosamente elaborados. Todo eso con la idea de que este derecho sea una defensa de la población contra los abusos del poder y convirtiendo a las leyes penales en instrumentos de represión, como es el caso de la persecución de los mareros por el solo hecho de traer los tatuajes visibles.

Esta condición de víctimas sociales de los menores infractores, aun cuando no de todos si dé un alto porcentaje, lo cual explica, como se ve más adelante, el éxito que ciertas medidas de manejo de menores y adultos jóvenes violadores de leyes penales obtienen desde mediados del siglo pasado hasta la fecha en Alemania.

Además, es una característica que las autoridades responsable de la justicia de menores deberían tomar en cuenta antes de decidir sobre la suerte de estas personas que están en riesgo de ser castigadas o sometidas a un manejo inadecuado e improductivo, por el solo hecho de haber sido abandonadas, desatendidas, subalimentadas y tantas condiciones que se presentan en el mundo de los niños pobres o abandonados y que son muchas veces reclutados en su ignorancia, por pandillas y grupos de delincuentes quienes los utilizan para sus fines y en el momento en que ya no los necesitan los entregan a la ley o los asesinan.

La actitud contraria produce los peores resultados cuando se presentan ciertas "condiciones de facilidades proporcionadas desde el Estado mismo". La aparición de la economía criminal generadora de ocupaciones se desarrolla como consecuencia lógica con el nacimiento, conservación y fomento de la misma al ofrecerse "ventanas de oportunidad para el desarrollo de la delincuencia organizada" con una amplia colaboración de funcionarios públicos corruptos.¹²

Las reacciones sociales represivas no generan una disminución del delito ni de los hechos que se trata de evitar. Es la prevención delictiva incluyendo a la corrupción gubernamental la que debe prevenirse y reprimirse con mayor eficacia y educación, antes que los daños victimicen a personas que no han hecho más que ingresar a la delincuencia como medio de sobrevivir, y más penosamente tratándose de niños desamparados y sometidos a los abusos de los mayores.

Resulta patético el recuerdo del primer ejecutado en California, con motivo de la reinstalación de la pena de muerte en ese Estado de los Estados Unidos de América, con la lectura sobre su vida, las terribles condiciones y victimización de su niñez y su lucha por sobrevivir para terminar

siendo un homicida ejecutado, pagando así una vida sin culpa, porque los niños abusados no escogen realmente su modo de vivir, sólo sobreviven. La lectura detallada de todos los niños que han sido víctimas de la pena capital en los pocos países que aún la utilizan debería ser una clara señal del error que se comete con estos manejos.

10. LA ESPECIALIZACIÓN EN EL CONOCIMIENTO LOS MENORES EN GENERAL Y LOS MENORES INFRACTORES

Ahora bien, la ONU elaboró un Manual sobre las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas, elaborado por Cyril Laucci, consultor independiente de la Organización. En 2007 convocó a un grupo de expertos internacionales con representación de todos los sistemas jurídicos y regiones principales para reunirse en Viena el 24 y 25 de mayo de dicho año. Ellos se encargaron de la revisión y se realizó la publicación del documento.

Se inicia precisamente con el estudio del principio básico derivado de la Convención e intitolado El Interés Superior del Niño, el cual ha sido desde la publicación y adhesión de los países analizado e interpretado de muy diferentes formas.¹³

Al precisar sus objetivos, menciona que se intenta con este documento proporcionar un marco práctico para guiar a profesionales y voluntarios que trabajan con los niños víctimas y testigos de delitos, en el ejercicio cotidiano de sus actividades, además de auxiliar en la revisión de leyes, procedimientos y prácticas en la materia, asistiendo a los gobiernos y organizaciones interesadas en la planeación e implementación de leyes, políticas, programas y prácticas que traten los asuntos correspondientes a estos niños, en los términos de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder elaboradas y propuestas por la Organización de las Naciones Unidas.

Creo que, sin duda, esta publicación puede servir de guía principal para esa meta, porque finalmente es la ONU la que genera la Convención y aunque algunos países han firmado condicionando algunos aspectos de esta Convención, en relación con el interés superior del niño no ha habido mayores reservas aunque sí muy variadas interpretaciones.

Por ejemplo, en general, al personal para los nuevos juzgados especializados en menores infrac-

tores, que se están desarrollando en México, se le capacitó sin enseñarles las características de las etapas finales de la niñez llamadas de pre adolescencia y adolescencia, sin instruirlos debidamente en Criminología y sin una debida comprensión de la función de esta especialidad de justicia que con frecuencia se denomina penal pero cuya intención documentada internacionalmente es integral.

Al parecer, sólo hubo preocupación por hacerlos aprender el contenido de las nuevas leyes de justicia para adolescentes, sin dedicar mayor atención a los aspectos histórico-evolutivos ni a la visión internacional de tanta trascendencia para la comprensión del significado de todo el supuesto sistema de justicia para menores infractores.

Uno de los problemas que esto suscitó fue precisamente la desatención a varios términos y principios de la Convención, lo cual ha causado inclusive en el personal del área la impresión de que ésta no es parte de la legislación relativa, inexactitud que ha permitido interpretaciones desviadas legislativamente válidas.

Con el pretexto de ser trabajo que abre espacios, se considera que es una etapa de transición en la que funcionan los dos sistemas, el de juicio oral con procedimientos más ágiles pero menos lógicos y ordenados y el llamado tradicional como se habían llevado anteriormente los procedimientos escritos.

Esta dualidad es de consecuencias dudosas por la actitud especialmente de los jueces que no han comprendido en realidad su función y que además ellos mismos están llevando dos papeles distintos que requieren preparación y actitudes diferentes, al servir de jueces de control y de jueces de fondo, según el turno que les toque.

Es de suponer que la dificultad de los cambios en el sistema de justicia minoril pueda tener reiteración de actividades semejante en otros países y la propuesta sería que el cambio se haga una vez que se hayan analizado con seriedad las modificaciones legales y su logística, limitando las interpretaciones fantasiosas a la realidad y a la comprensión misma de los organismos que han propuesto los cambios, como en el caso serían las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos y las Cortes y dependencias defensoras de los derechos humanos.

De ahí la importancia de mirar nuevamente el territorio de justicia de menores, con atención especial a la Convención y sus principios que deberán ser interpretados y entendidos en la forma en que la misma ONU los contempla, como es el caso del Interés Superior del Niño, uno de los

más importantes rectores de la normatividad de la Justicia para menores.

Líneas arriba mencioné el documento canadiense sobre el tema que, elaborado en 2003, ha sido prácticamente adoptado en todos sus términos en las Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos de las Naciones Unidas, aprobadas y publicadas con el ECOSOC en 2004.

Su estructura y contenidos definitivos se identifican plenamente con el documento canadiense comentado, con alguna precisión mayor, por ejemplo, al mencionar el principio de *Mejores Intereses del niño*, precisando que todo niño tiene derecho a que se consideren prioritarios sus intereses fundamentales. Esto incluye el derecho a la protección y a la oportunidad para desarrollarse en forma armoniosa, previendo:

- i) *Protección*. Todo niño tiene derecho a la vida y a la supervivencia y a ser protegido de todo tipo de dificultades, abuso o negligencia, incluidos el abuso o negligencia de fuerza física, psicológica, mental y emocional; y
- ii) *Desarrollo en un ambiente de armonía*. Todo niño tiene derecho a crecer en un ambiente de armonía y a un estándar de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En el caso de un niño que ha sido traumatizado, deben adoptarse todas las medidas necesarias para permitir el disfrute de un desarrollo saludable.

Se reiteran las definiciones arriba comentadas sobre "niños víctimas y testigos", "adaptados a los niños" "profesionales" y "proceso de justicia", agregando solamente en este último concepto la referencia a los mecanismos oficiosos de justicia.

Y, finalmente, las directrices mismas se precisan como:

- 1) Derecho a un trato digno y compasivo,
- 2) Derecho a la protección contra la discriminación,
- 3) Derecho a estar informado,
- 4) Derecho a expresar opiniones y preocupaciones y a ser escuchado,
- 5) Derecho a una asistencia eficaz,
- 6) Derecho a la privacidad,
- 7) Derecho a ser protegido de todo perjuicio que le pueda causar el proceso de justicia,
- 8) Derecho a la seguridad,
- 9) Derecho a la reparación y

10) Derecho a medidas preventivas especiales, adecuadas a su vulnerabilidad.

Y con fundamento en la parte final de estas directrices, denominada Aplicación, se elabora por la misma ONU el Manual Sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, para uso de los profesionales y encargados de la formulación de políticas, cuyo acceso a todo el personal relacionado con la justicia de menores y con la elaboración de leyes y reglamentos en la materia es indispensable.

11. LA VISIÓN EUROPEA Y EL DERECHO PENAL DE MENORES

En Europa, con mayor amplitud que en América y en especial en América Latina, se trabaja en las cuestiones penitenciarias mucho más, tal vez propiciado por la ubicación de las sedes de la ONU en Viena y por el trágico desarrollo de guerras y campos de concentración en los países integrantes de la Unión, por la mayor comunicación y la reducción territorial que ahí se da. Sin embargo, desde antes de la creación de la Unión Europea, los trabajos sobre la materia han sido más profundos y abundantes en Alemania, España, Italia y Francia, quizá por ser los que han tenido mayor difusión en América Latina o los que mayor contacto tienen por la tradición de nuestros sistemas jurídicos más cercanos en su origen.

Y por la naturaleza de las reacciones sociales en cuanto a adultos delincuentes y menores infractores, aunque con rasgos levemente diferenciados y la coincidencia del encierro en ambos casos, más ahora que se habla constantemente de penas y derecho penal para ambos, existen más trabajos, congresos, reuniones y discusiones académicas y políticas sobre la materia y en el momento actual la de menores infractores y su responsabilidad penal-educativa que no ha alcanzado la precisión necesaria pero que está en la palestra con motivo de su reconocimiento y positivización como penal abiertamente en casi todas las nuevas leyes sobre menores infractores en Europa.

Esta amplia discusión me parece muy importante porque nos proporciona elementos teóricos y académicos para la toma de decisiones de nuestras autoridades en todos los órdenes, que se encuentran en etapas de evolución y cambios políticos y a los cuales les puede resultar de gran utilidad el conocimiento de los avances y tónica de las discusiones.

Por ejemplo, en un artículo analítico sobre tendencias en cuanto al futuro de la Justicia juvenil se señalan las tendencias de la política cri-

minal juvenil basadas en las nociones de subsidiariedad y proporcionalidad de las intervenciones estatales contra los infractores, derivadas de las propuestas y resoluciones en la materia, aprobadas por la ONU como las reglas mínimas para la administración de justicia juvenil de 1985 o la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, contemplando la expansión de las garantías procesales y reduciendo la intensidad de las intervenciones en el campo de las condenas, pero al mismo tiempo reconociendo la existencia de desarrollos contrarios en varios países de la Unión en el sentido de intensificar la política e intervenciones de la justicia juvenil al elevarse los máximos en las sentencias de detención e introduciendo otras formas de internación en centros de seguridad.¹⁴

El autor comenta¹⁵ como en Alemania subsiste una política criminal juvenil orientada al bienestar y moderación que le da prioridad a la diversificación y educación en lugar del castigo y además señala que en muchos países se han incluido elementos de justicia restaurativa como reparación, mediación, conferencias familiares, como en Bélgica e Irlanda del Norte.

Se plantea que la tendencia neoliberal punitiva que se observa en otros países posiblemente sea debido a la influencia de los Estados Unidos, con sus leyes penales enfocadas a la retribución y disuasión, como en Inglaterra y Gales, y que el *punitivismo* no se detiene ante las puertas de la justicia juvenil a pesar de que ésta es más resistente en razón de que los estándares internacionales de derechos humanos impiden un giro total de la política de justicia juvenil.

Estas tendencias han ganado terreno en países que enfrentan problemas particulares como de jóvenes migrantes o miembros de minorías étnicas y problemas con la integración de los jóvenes en el mercado de trabajo que habitan en sectores segregados y deteriorados de las ciudades, en los que la marginación ataca la estabilidad y cohesión social creando mecanismos de exclusión social, un fenómeno propiciado por los movimientos de población desatados por las guerras interiores y por los financieros internacionales.

Aparece inclusive la tendencia, extraordinaria desde el punto de vista del Derecho Penal en cuanto a hacer responsables criminalmente a los padres de los menores, pasando por encima de criterios aceptados mundialmente a ejemplo de la individualidad de la responsabilidad penal como en Inglaterra con la orden parental que puede ser impuesta a padres que fracasan en su responsabi-

lidad de supervisar adecuadamente a sus hijos. O alguna tendencia aparecida en Francia en 2002, implicando que los beneficios por los hijos pudieran recortarse si éstos son internados en alguna institución de seguridad y multados sin no se presentan en la corte juvenil cuando se les ha citado.

Pero la idea de responsabilidad resulta sana si se la relaciona con la expansión de la conciliación víctima-agresor en la mediación y la reparación y no como un pretexto para ahondar la responsabilidad penal.

Se enuncia que los debates de los años 1960 y 1970 denominados de las 4 "Ds" (diversificación, descriminalización, desinstitucionalización y debido proceso) han sido sustituidos, con las orientaciones *neoliberales* por las 4 "Rs" (responsabilidad, restitución(reparación) justicia restaurativa y retribución), en las cuales el carácter retributivo se subraya con el uso de los términos de que las intervenciones comunitarias deben ser duras y creíbles, dando lugar a una tendencia *neo-correcionalista*.

Por estas circunstancias la paradoja entre educación y castigo se mantiene en mayoría de países y es de hacer notar que las reformas de 2007 de Bélgica y de 2002 de Irlanda del Norte son de gran interés.

Procesos como los llevados en Austria, Alemania y Holanda para la aplicación de reforma mediante estrategias especiales previas a la aplicación de reformas como las de probar y generar aceptación en especial entre los jueces y el servicio de enjuiciamiento, producen buenos resultados para intentar la aplicación de los cambios, aunque se requiere un apoyo adicional continuo y capacitación seria y progresiva, no en la forma que se realizó en nuestro Distrito Federal y en la Federación y algunos Estados de México, sin un análisis profundo y aplicaciones dinámicas no sólo de práctica legislativa, de las materias a desarrollar.

También se deben atender las necesidades educativas de los jóvenes infractores así como sus garantías y derechos y atendiendo la infraestructura requerida para la incorporación de los conceptos modernos, socio-pedagógicos en el campo de la justicia y el bienestar juvenil. No se puede omitir que en los países provenientes del ex mundo soviético los cambios son lentos pero se puede observar tendencias positivas, como la inclusión de trabajadores sociales especializados, la adopción del concepto de responsabilidad penal condicional que contemplan la legislación alemana e italiana cada vez más frecuente en las nuevas legislaciones

y la utilización de los estándares mínimos, regulaciones y recomendaciones internacionales.

También la mayor frecuencia de utilización de modelos alemanas y austríacas y los elementos de justicia restaurativa como la conciliación víctima-ofensor, la mediación, la utilización de sanciones que requieren reparación o disculpas hacia la víctima así como las disposiciones informales (diversificación) y las conferencias de grupo familiar experimentadas en Nueva Zelanda y posteriormente en Bélgica como mediación activa con representación de ambas partes víctimas y agresores.

También se han incluido como sanciones restaurativas en sentido amplio el uso del servicio comunitario como una sanción con alternativas constructivas que son vistas como idealmente educativas, además de la llamada desjudicialización, que ha facilitado la utilización de estas prácticas restaurativas, como una solución ágil e informal pero práctica y más cercana a la solución de los conflictos reales.

En realidad, la mayoría de los sistemas de justicia juvenil actuales son de carácter mixto, ya que incluyen aspectos de filosofía del bienestar con intervención mínima y de justicia restaurativa con algunos elementos de la visión neo-liberal como responsabilización incrementada de los padres, penas más duras para reincidentes, centros de seguridad para niños y las tendencias se hacen notorias por su inclinación hacia elementos restaurativos o punitivos.

Se comenta la recomendación (2003)²⁰ del Consejo de Europa sobre Nuevas Formas de Tratar con la Delincuencia Juvenil y el Rol de la Justicia Juvenil en el cual se enfatiza la priorización de la diversificación y la mínima intervención como estrategia exitosa para posteriormente establecer que se puede ampliar a reincidentes o agresores violentos, para los que se admite un manejo punitivo al sugerir la aplicación de medidas *de lo que realmente funciona y con quienes y bajo que circunstancia se aplica*.

Asimismo se mantiene como principio el debido proceso, la limitación de custodia policial y detención previa al juicio, la meta de una reintegración exitosa verificada por etapas, utilizando periodos de libertad, instituciones abiertas, autorizaciones de libertad anticipada y unidades de reubicación, manteniendo como tercer principio la consideración de los intereses y necesidades de las víctimas.

Estas visiones mixtas permiten el mantenimiento de las particularidades nacionales pero

con una creciente convergencia entre los sistemas que se van generando con una tendencia a desaparecer los de bienestar puro que al parecer sólo subsisten en Bélgica, Escocia y Polonia aunque permanece claramente la tendencia en América Latina. En lo referido a los niños menores entre 10 y 14 años de edad, subsisten en Europa las sanciones puramente educativas en los tribunales de familia y juveniles y en general la posibilidad de institucionalización se restringe sólo para niños de los 15 años en adelante.

En Alemania, desde los años 50 se previó la posibilidad de sujetar a los adultos jóvenes entre 18 y 20 años a la justicia juvenil o aplicarles sus medidas educativas específicas, lo cual ha sido adoptado recientemente en Holanda, Croacia, Austria y Lituania, con fundamento en la bien fundada criminología juvenil respecto a la prolongación de fases de transición en el desarrollo personal y social de la adolescencia a la adultez, ya de que las etapas de educación e integración al trabajo y a una vida familiar propia se han prolongado más allá de los 20 años. Las crisis del desarrollo psicológico y las dificultades de la transición a la vida adulta continúan como características del grupo de adultos jóvenes. Inclusive suelen ocurrir hasta los treinta y tantos años de edad.

Se hace notar que esta práctica común alemana de incorporar adultos jóvenes en la competencia de los tribunales juveniles y la posibilidad flexible de sentenciar basándose en la ley juvenil o adulta, de acuerdo al desarrollo y madurez del individuo se consideran un gran éxito de la justicia juvenil independiente y en casos serios y de crímenes graves también se ha utilizado aplicándose sentencias mucho menos graves que las que habrían sido obtenidas si se hubiera aplicado la ley penal para adultos que permite la aplicación de penas de 15 años hasta de por vida y en el caso de la ley juvenil tiene un límite máximo de encarcelamiento de 10 años.

Se dice que la aplicación de estos criterios obedece al hecho de que ante delitos realmente graves la legislación penal para adultos prevé el mínimo de duración por ejemplo, para el robo agravado entre 3 a 5 años, para delitos por drogas graves o por violación o asalto sexual un mínimo de 1 o 2 años, de manera que los jueces traten de evitar sentencias irracionalmente largas y educativamente nocivas mediante la aplicación de las sanciones juveniles.

Estos criterios podrían ser tomados en cuenta por los legisladores que intentan mediante sentencias irracionales o de por vida mantener eter-

namente a los delincuentes, jóvenes y niños en la prisión y sin opciones, por considerarlas innecesarias ya que van a quedarse adentro hasta la muerte, o cuando menos tanto tiempo que se habrán desarraigado totalmente de familia y sociedad.

En otros países en que está prevista la posibilidad legal de utilizar las disposiciones legales juveniles en casos de adultos jóvenes, como Holanda, Croacia, Lituania, Rusia, Serbia y Eslovenia, se utiliza menos esta opción. Holanda, especialmente, tiene un 1% frente al caso de Alemania que llega hasta un 60% en casos rutinarios o menos graves y en los que sí lo son llega a un 90%,¹⁶ quizá porque la ley de adultos ofrece una amplia gama de sanciones alternativas utilizables en estos casos, cuando la ley alemana sólo prevé 2, y además porque los jueces alemanes están desde 1953 familiarizados con el uso de esa opción.

A manera de conclusión.

Esta breve revisión del problema de la justicia juvenil o minoril, como se decida llamarla, tiene aún mucho que evolucionar y muestra que se requiere medidas no solamente jurídicas, que son de gran importancia, sino muchas medidas socio económicas de atención a la problemática de un numerosísimo mundo de niños en el sentido que precisa la Convención, para sin grandes cambios abrirse al principio más importante y mal comprendido, el del Interés Superior del Niño, que es la puerta indispensable para un mejor futuro para nuestro mundo.

Por ello, la legislación del niño ha de abordarse de manera global y nacional, cubriendo todos los derechos que aborda la Convención, sin limitarse al quizá más doloroso que es el relacionado con los menores infractores y su manejo jurídico-criminológico y nunca sólo con esa visión, sino con la idea de difundir el conocimiento y las medidas necesarias para evitar que los niños sigan siendo explotados y torturados física y mentalmente mediante un ejercicio punitivo sin reconocerse sus demás derechos humanos.

Ya en los años cincuenta un ilustre oaxaqueño, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México luchó sin éxito por la generación de un Código del Menor que contuviera toda la legislación relacionada con los derechos de los menores en todos los aspectos de la vida hasta la llegada a su mayoría de edad, de manera que se pudieran tomar las decisiones sobre sus problemas en cualquiera de las ramas del Derecho fundadamente.

Reconociendo que es casi infinito el número de sus necesidades desatendidas en la mayoría de los casos, especialmente tratándose de familias marginadas pero sin excluir los debidos cuidados que no se prodigan aun en los casos de familias de altos recursos, es necesario que sociedad y gobierno apoyen la difusión y cumplimiento de todos sus derechos y los amplíen lo más posible de manera que se convierta la atención al menor en una de las metas sociales más importantes, vigiladas y apoyadas no como una carga sino como una maravillosa oportunidad de futuro humano.

Quizá debemos comenzar a razonar como lo expuse en mi argumento inicial en cuanto a buscar una opción jurídica que no lleve un adjetivo penal o punitivo para el manejo de los menores infractores. La organización de la justicia juvenil, como la llaman los europeos, debe prescindir de la visión penal totalmente o en el peor de los casos tener siempre la opción y elasticidad para, en la mayoría de los casos, dado que los menores infractores y los jóvenes pueden verse las más de las veces como víctimas del sistema social y familiar que como delincuentes; (quizá con los criterios utilizados en Alemania inclusive para los jóvenes adultos) que se pueda buscar una solución diferente a la penal.

Sin embargo, a pesar de que considero que el tema amerita un más amplio análisis que el que nos permite la extensión de este trabajo, tanto el estudio y análisis de los países europeos, las tendencias de la Organización de las Naciones Uni-

das y lo que ha sucedido en América Latina, para vislumbrar los caminos más adecuados en esta materia, hemos de quedar en este punto a reserva de profundizar más posteriormente, por la trascendencia que pueden tener para nuestra niñez y juventud las nuevas corrientes que como siempre resultan un ejemplo importante para la orientación de las medidas a tomar legislativamente en nuestros países, ya que en poco disienten de las propuestas de la ONU. Al contrario, contienen ópticas más modernas e interesantes que pueden servir de modelo a nuestras nuevas orientaciones en justicia juvenil que ha de estar constantemente en revisión para mejorar científicamente lo que sí funciona.

Finalmente me queda sólo reiterar que mucho más hay que decir y ver en relación con los niños y la Convención, resulta clara la preocupación por los menores infractores, pero no en el sentido de temerles sino en el de tomar conciencia que son, como cualquier persona débil, gente que necesita apoyo, conocimientos para seguir adelante, reconocimiento y satisfacción de sus necesidades, orientación para la defensa de sus derechos humanos frecuentemente violentados por delincuentes y autoridades, por otros menores y por adultos, y que con voluntad y conciencia pueden recuperar gran parte de lo que han perdido por falta de atención familiar y adulta. Por ello, debemos buscar la forma más adecuada para apoyarlos y orientarlos preparándolos para un nuevo mundo que puede surgir de su mismo esfuerzo.

Yo así lo creo.

NOTAS

1. Peña Torres, Marisol, *passim*, "La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional Chileno", en *Rev. Estudios Constitucionales*. Año 6, num.1, 2008 pp.205-222, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile.
2. Heinze, Hans Joachim, *La Relación entre la Protección Conferida por el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario*, citado por Peña Torres, Marisol, *op. cit.* p. 206.
3. ONU, Declaración de dos Derechos Humanos, consultada por Google, 11 de noviembre de 2012.http://www.un/es/documents/udhr/index_print.shtml
4. Orozco Henríquez, J. Jesús, *Estado de Derecho*, en *Diccionario Jurídico Mexicano. D-H*, 13ª ed. tomo II, México, Porrúa e IIJ-Unam, 1999, *passim*, pp. 1328-1330.
5. Cillero Bruñol, Miguel, "El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". En *Rev. Justicia y Derechos del Niño*, num.1 UNICEF, Chile 1999. Internet, consult. Google, 22/10/012.
6. Couso Salas, José, "Problemas Teóricos y Prácticos del Principio de Separación de Medidas y Programas, entre la Vía Penal-Juvenil y la Vía de Protección Especial de Derechos". en *Rev. Justicia y Derechos del Niño*, núm. 1, Chile, UNICEF, 1999, consultada en Google, 22/10/012.
7. *Idem*.
I > *Idem*.
8. Couso, *Idem*.
9. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y Dogmática Penal", *.cit...Couso, op. cit. p.85*.
10. Oficina Internacional de los Derechos del niño, Canadá, marzo de 2003, *Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos*. Internet, Google, consultado 30 de octubre 2012.
11. Sánchez- Castañeda, Alfredo, "Economía Criminal y Empleo" en *Rev. Criminogénesis, Especializada en Criminología y Derecho Penal, N. 9 Seguridad y Justicia en Democracia*, México, noviembre 2012. pp. 93-104. *Passim*.
12. Sánchez-Castañeda, Alfonso, *op.cit.* p.101. Con amplia estadística citada, se constituye en un vergonzoso modelo de corrupción nuestro gobierno en los 10 años de este siglo cuando dolorosamente no es el único en estas condiciones.
13. Internet, Google, www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/handbook_for. Unodc, Unicef, consultado 21, XI, 2012.
14. Dünkel, Frieder, *El Futuro de la Justicia Juvenil: Perspectivas Europeas*. Trad del inglés Julio Cortés Morales, Internet Google, consulta 1 de nov.2012. pp. 63-95.
15. *Idem*, pp. 63.64.
16. Dünkel, Frieder, *op.cit.* p. 78.

REFLEXÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL À LUZ DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS SOCIAIS E DA ANÁLISE PROSPECTIVA PROPOSTA PELA TEORIA DOS JOGOS

•••••

Gisele Chaves Sampaio Alcântara

Juíza Federal da 19ª Vara da Seção Judiciária do Ceará; Mestre em Justiça Administrativa com área de concentração em Saúde Coletiva pela Universidade Federal Fluminense – UFF; MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV

INTRODUÇÃO

O fenômeno da chamada “judicialização da saúde”¹ é uma das mais tangíveis expressões de um movimento de ampliação da latitude cognitiva da atividade judicante² vivenciado pelo Direito Constitucional brasileiro nos últimos anos. Longe de configurar um evento isolado ou mesmo um influxo passageiro, tal movimento é fruto da evolução histórica do pensamento jusfilosófico acerca da interpretação e concretização das normas constitucionais, com implicações diretas no papel do Poder Judiciário como guardião da efetividade dos direitos fundamentais.

Com efeito, uma das grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Sob a inspiração filosófica do pós-positivismo, superou-se o modelo que vigorou até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um simples instrumento de administração, uma espécie de “convite” à atuação dos poderes públicos.³

Conforme destacado por Luís Roberto Barroso, hodiernamente passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Isto implica dizer que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, e sua inobservância há de deflagrar mecanismos próprios de observância forçada, especialmente quando consubstanciarem direitos fundamentais.⁴

Sob esta nova ordem, o Poder Judiciário passou a assumir outro papel e novo posicionamento, na medida em que em todas as hipóteses que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – podem

eles ser exigidos, direta e imediatamente, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais cobertas pelo ordenamento jurídico.

Um ambiente fértil para a manifestação dessa imperatividade é o campo dos direitos fundamentais sociais, dado que, nestes casos, a concretização está direta e estritamente vinculada a uma atuação estatal, densificadora da dimensão subjetiva essencial destes direitos e executora do cumprimento das imposições constitucionais nelas encerrada.

Previsto no artigo 6º da Constituição Federal, o direito à saúde é um destes direitos sociais. Ele foi estabelecido nos artigos 196 e seguintes como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”⁵

Trata-se, aqui, a típica hipótese de direito-dever, em que os deveres conexos ou correlatos têm origem, e são assim reconhecidos, com base na conformação constitucional do próprio direito fundamental. Por esta razão é que, conforme destacam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchitiner Figueiredo, o objeto dos deveres fundamentais decorrentes do direito à saúde guarda relação com as diferentes formas pelas quais esse direito fundamental é efetivado, podendo-se identificar uma dimensão defensiva, no dever de proteção da saúde, e uma dimensão prestacional *lato sensu*.⁶

Na qualidade de direito de prestacional, a saúde imputa o dever, em especial ao Estado, de executar medidas concretas com vistas ao fomento e efetivação da saúde da população, circunstância que, no último caso, torna o indivíduo, ou a pró-

pria coletividade, credor de um direito subjetivo a determinada prestação, normativa ou material.⁷

No afã de ver reconhecida a efetividade deste direito, diversas demandas foram paulatinamente ajuizadas com vistas a retirar do art. 196 da Constituição a eficácia necessária para obrigar o Poder Público a adotar medidas concretas necessárias à proteção e recuperação da saúde dos indivíduos, bem como a formular e implementar políticas sociais e econômicas que garantam a todos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Este movimento teve início com provocações advindas de um movimento deflagrado pelos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV), que, por intermédio dos serviços de assistência jurídica de ONGs,⁸ pleitearam junto ao Poder Judiciário o fornecimento de antirretrovirais pelo Poder Público.⁹

De uma posição *a priori*, contingente e tímida, restrita a algumas hipóteses de fornecimento de antirretrovirais a portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) no início dos anos 90,¹⁰ a atuação judicial logo se estendeu para conceder fármacos para o tratamento de outras moléstias, além de várias medidas e terapias em diversos casos.

Conforme registram João Maurício Brambati Sant'Ana, Vera Lúcia Edais Pepe, Claudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro e Miriam Ventura

[...] o número de ações movidas contra o Estado pleiteando medicamentos vem crescendo acentuadamente nos últimos anos no Brasil (3-8). Se no início dos anos 1990 essas demandas tinham por objeto medicamentos para o tratamento de enfermidades direcionadas, como HIV/Aids, hoje o perfil das ações é bem mais diversificado, abrangendo medicamentos para as mais variadas indicações terapêuticas[...].¹¹

Tal fenômeno provoca profundas reflexões e sérias divergências.

De um lado, trabalhos acadêmicos e opiniões de ordens diversas procuram destacar o decisivo papel do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde da população, em razão da reiterada omissão do Estado no seu dever de garanti-lo.¹²

Como evidência ilustrativa desta asserção, mencionam que as ordens judiciais concessivas de antirretrovirais foram um dos maiores instrumentos de pressão para a criação da Lei nº 9.313/96, que garante a distribuição universal e gratuita destes medicamentos, fazendo com que

o Programa Nacional DST/AIDS seja hoje visto mundialmente como modelo de assistência e atenção aos pacientes HIV/AIDS.¹³

De outro lado, elaboradores e executores das políticas públicas, assim como parcela da comunidade acadêmica,¹⁴ manifestam preocupação com aquilo que entendem como uma indevida "intromissão judicial" na organização do sistema público de saúde. Para justificar sua posição, apontam o impacto financeiro produzido pela concessão indiscriminada de medicamentos, em prejuízo das políticas de saúde previamente instituídas e planejadas com o objetivo de atender a toda a coletividade.

Há, ainda, aqueles que adotam posição intermediária. Admitem que as demandas judiciais são um importante instrumento de garantia da efetivação do direito à saúde, mas ponderam, no entanto, que esta via não pode ser considerada como principal instrumento deliberativo e alocativo na gestão do Sistema Único de Saúde.¹⁵

Em meio a esta profusão de ideias, o Poder Judiciário se vê pressionado sob o peso do desafio de resolver o complexo quebra-cabeça de conciliar a eficácia imediata dos direitos sociais, a universalidade do sistema e a desigualdade social, o direito subjetivo e o direito coletivo à saúde, e a escassez dos recursos do orçamento.¹⁶

É neste ambiente repleto de complexidades e sutilezas que se desenvolvem estas reflexões. Com o objetivo de analisar o fenômeno da judicialização da saúde e avaliar os seus efeitos à luz dos fundamentos constitucionais dos Direitos Sociais e da análise prospectiva proposta pela Teoria dos Jogos, realizou-se estudo bibliográfico e pesquisa documental que resultaram na análise que se verá a seguir.

1. OS DIREITOS SOCIAIS: ORIGEM E FUNDAMENTO

Consoante a doutrina de Norberto Bobbio, os direitos fundamentais do homem são históricos. Seu nascimento e evolução sempre são produto do desenvolvimento gradual do Direito e do Estado, mediante as lutas do homem em defesa de novas liberdades contra velhos poderes.¹⁷

Enquanto os direitos liberais clássicos do século XVIII decorreram de uma luta contra os abusos da monarquia absolutista, oferecendo-se ao indivíduo a garantia da liberdade, da isonomia formal, e da proteção contra a intervenção do Estado, "os movimentos sociais do século XIX buscavam aprofundar essa transformação em termos de proporcionar uma vida melhor para as

peças, ”¹⁸ oferecendo-se ao indivíduo uma isonomia e uma liberdade não apenas formais, mas também materiais.¹⁹

Assim é que, conforme Fábio Konder Comparato, os direitos sociais surgiram, historicamente, “como criações do movimento socialista, que sempre colocou no pináculo da hierarquia de valores a igualdade de todos os grupos ou classes sociais, no acesso a condições de vida digna.”²⁰

Essa igualdade material que, nas palavras do general mexicano Álvaro Obregón (1880-1928) “tem como alvo principal estender a mão aos de baixo para buscar um maior equilíbrio entre capital e trabalho,”²¹ foi o grande propósito que ensejou a origem e até hoje serve de fundamento para os direitos sociais, os chamados direitos fundamentais de segunda geração.²²

Com efeito, o Estado de Direito burguês dos séculos XVIII e XIX albergou, na teoria política, direitos fundamentais ancorados nas premissas teóricas do pensamento liberal: o homem visto como um ser dotado de livre-arbítrio, essencialmente social, cujas relações *lato sensu* seriam relações de troca.²³

Para a ruptura dos dogmas absolutistas, os direitos fundamentais foram estabelecidos como limites intransponíveis e legitimadores da ação do Estado, ao qual se estabeleceu um dever geral de não agir.²⁴ A liberdade significava, assim, a não intervenção do Estado nas relações privadas, especialmente nas relações de mercado, a fim de que as noções de trabalho e de sucesso pessoal propiciassem o amplo exercício dos direitos.²⁵ Já a igualdade, segundo a concepção liberal burguesa, seria o espaço para o desenvolvimento dos méritos pessoais; mais que isso, seria o império da autonomia individual.²⁶

Os governos liberais positivaram, assim, direitos que cumpriram, na essência, papéis antagonísticos: de um lado, deixaram à margem de uma proteção material e efetiva inúmeros segmentos sociais, que inclusive foram alijados da participação política; de outro viés, a ideia de um Estado juridicamente limitado fecundou possibilidades futuras para a própria contestação.²⁷ Sob o peso de tais fatos, o pseudovirtuosismo do mercado começou a desmoronar, explicitando contundentemente as primeiras pechas do pós-Revolução Industrial: a exploração de trabalhadores, o crescente aguçamento da pobreza e a inevitável exclusão social.²⁸

Conforme assinala Sueli Dallari, “a industrialização mudou rapidamente a face da terra: criou nova classe social, transferiu o fulcro da vida social para as cidades e aproximou cada vez mais

as pessoas por diversos meios de comunicação”. Tal fenômeno foi gradativamente fazendo com que as pessoas de sensibilidade percebessem “que a afirmação de direitos não garantia a paz social porque a maioria das pessoas não tinha condições para exercer esses direitos.”²⁹

Distantes da vida cotidiana e próximas do poder do Estado, as cartas políticas liberais pouco fizeram para mudar este quadro.³⁰

Oprimidos em um estado de exceção agravado pela Primeira Grande Guerra, homens e mulheres passaram, então, a reivindicar a democratização da própria liberdade e igualdade, por meio de lutas pela intervenção do Estado para materializar direitos mediados por ações de governos expressas em serviços públicos de saúde e educação, assim como em políticas de pleno emprego.

Um dos produtos destas reivindicações foi a Revolução Soviética de 1917, que produziu um modo institucional novo e concreto, expresso na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado,³¹ que trouxe mudanças radicais no campo socioeconômico e político,³² fazendo com que direitos sociais e organização social se fundissem ao extremo.³³

Sob a influência refletida de algumas ideias deste movimento, iniciou-se no século XX, com a Constituição Mexicana de 1917³⁴ e a Constituição Alemã de 1919,³⁵ o chamado constitucionalismo social, assim entendido como “o movimento que, considerando uma das principais funções do Estado a realização da Justiça Social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países.”³⁶

Sob a égide do constitucionalismo social, as discussões envolvendo a saúde ganharam maior dimensão, culminando com a sua consagração como direito humano na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Segundo tal diploma, todos têm “direito a um padrão de vida que assegure saúde e bem-estar.”

Daí se conclui que, de fato, os direitos sociais não são “dávias filantrópicas da sociedade”, mas apenas e naturalmente o desdobramento do Princípio da Igualdade, e outro escopo não têm senão o de assegurarem as liberdades que os despossuídos não podem ter no mesmo nível e extensão de seus co-cidadãos, com base em uma igualdade material. Segundo Maurício Caldas Lopes, estas ideias de liberdade e de justiça justa passam, “necessariamente, pelo direito fundamental à saúde, setor em que mais e fazem sentir as desigualdades que comprometem toda a ideia de liberdade real ou factual.”³⁷

Assim, como resposta ao elitismo e à indiferença do Estado de Direito burguês ante as explorações e angústias sociais, surge o Estado de Direito do Bem-Estar Social ou *Welfare State*, que passa a albergar, na Teoria Política, direitos fundamentais ancorados nas premissas teóricas da justiça social, da solidariedade e do universalismo.

Consoante este novo modelo, “a liberdade de todos só pode ser obtida pela ação do Estado,”³⁸ o qual, mediante a intervenção nos domínios econômico e social, tem a missão de garantir “uma igualização das oportunidades decorrentes de se garantirem a todos as condições mínimas de vida.”³⁹ A igualdade, por sua vez, passa a ser dever do Estado, que tem de a promover como ideal de justiça distributiva.

Com isso, o poder estatal, antes balizado por um dever de abstenção, assume a responsabilidade de agir ativamente para suprir as necessidades básicas dos indivíduos, e assegurar e promover a igualdade de tratamento com relação aos direitos trabalhistas e previdenciários, à saúde, educação, moradia, cultura e lazer, com vistas a proporcionar uma vida digna a todos.⁴⁰

Esse Estado intervencionista, que deve agir na busca do bem-estar e da justiça social, é a síntese do século XX, assim como o liberalismo é a tese que predominou no século XVIII, e o socialismo sua antítese do século XIX.^{41 42}

2. DIREITO À SAÚDE: UM DIREITO SOCIAL PROTEGIDO SOB A ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

Conforme assinalam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, “a consagração constitucional de um direito à saúde, juntamente com a positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais, pode ser apontada como um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, ligando-a, neste ponto, ao constitucionalismo social do pós-Segunda Guerra.⁴³

Sob a inspiração deste movimento histórico, a Constituição Federal brasileira não só previu expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º),⁴⁴ especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros),⁴⁵ como não fez distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88).^{46 47}

Vê-se, pois, que os direitos sociais foram acolhidos pela Ordem Constitucional de 1988 como autênticos direitos fundamentais.

No que diz respeito ao direito à saúde, a Constituição o previu no seu artigo 6º, no rol dos direitos fundamentais sociais, além de estabelecê-lo em mais detalhes nos artigos 196 e seguintes como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”⁴⁸

Antes de 1988, a proteção do direito à saúde no Brasil era regida por um modelo “campanhista,”⁴⁹ que apenas considerava a saúde pública como dever do Estado – no sentido de coibir ou evitar a propagação de doenças que submetessem a risco a saúde da coletividade.⁵⁰ As ações públicas curativas, quando existentes, limitavam-se às categorias profissionais que contribuíam para os institutos de previdência – os conhecidos IAPs.⁵¹ Não havia, no entanto, uma saúde pública universalizada em sua dimensão curativa, ficando a assistência da maioria da população relegada aos serviços privados e à caridade.

Ao estabelecer a saúde “como um direito de todos”, a Constituição consagrou, assim, uma valiosa conquista em termos de alargamento do âmbito de proteção deste direito. Pela redação do aludido artigo 196, o acesso às ações de saúde não mais seria assegurado apenas aos trabalhadores com vínculo formal, mas à universalidade das pessoas: todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares das políticas sociais e econômicas, assim como das ações e serviços responsáveis pela promoção, proteção e recuperação do direito à saúde.⁵²

Além disso, com a Ordem Constitucional de 1988, a proteção à saúde passou a abranger, além das ações de saúde coletiva e das ações curativas individuais, medidas de promoção do estado de completo bem-estar físico, mental e social dos indivíduos, sob os aspectos curativo, preventivo e promocional, de acordo com o conceito internacional de saúde estabelecido pela Organização Mundial de Saúde (OMS).⁵³

O conceito proposto pela OMS supera o enfoque estritamente negativo da saúde como a “ausência de enfermidades”, propugnando o aspecto positivo da obtenção do estado de completo bem-estar físico, mental e social. Com isso, prestigia-se a ideia de qualidade de vida, expressa através

de “uma saúde efetivamente palpável, e não mais tão-somente preventiva”.⁵⁴

Na mesma direção, Sarlet equipara vida digna à vida saudável, aproximando os conceitos de qualidade de vida e dignidade da pessoa humana:

[...] o completo bem-estar físico, mental e social densifica o princípio da dignidade humana, pois não se imagina que condições de vida insalubres e, de modo geral, inadequadas, sejam aceitas como conteúdo de uma vida com dignidade.⁵⁵

Esta vinculação indissociável ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal⁵⁶), juntamente com o seu papel de corolário do direito à vida (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal⁵⁷) é que conferem ao direito à saúde uma fundamentalidade em sentido material – para além da fundamentalidade formal⁵⁸ -, revelando a sua relevância como bem jurídico tutelado pela ordem constitucional. Esta fundamentalidade “se evidencia pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida – e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade –”⁵⁹ assim como para a garantia das condições necessárias à dignidade humana e da fruição dos demais direitos, inclusive no sentido de viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade.

Esta asserção encontra eco na obra de Lenir Santos, para quem “a saúde tem dimensão que transcende a sua posituação no ordenamento jurídico, por ser considerada uma das condições essenciais para o exercício das liberdades humanas e ser inerente à pessoa humana.”⁶⁰

Ultrapassando a condição de direito fundamental, a saúde, como típico direito social que é, encerra, como reverso, um dever fundamental de efetivação por meio de uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), assim como de um postulado de proteção (*Schutzgebote*).⁶¹

Ancorado nesta premissa, Sarlet destaca a dupla dimensão – defensiva e prestacional⁶² – deste direito. A de teor defensivo objetiva resguardar o titular do direito à saúde contra ingerências ou agressões que interfiram ou ameacem a fruição de seu completo bem-estar físico e mental. A dimensão prestacional, de seu turno, imputa o dever, em especial ao Estado, de executar medidas concretas com vistas ao fomento e efetivação da saúde da população, circunstância que, neste caso, torna o indivíduo, ou a própria coletividade, credor de um direito subjetivo a determinada prestação, normativa ou material.⁶³

As dimensões defensiva e prestacional, ademais, guardam pertinência com os aspectos individual e coletivo da saúde, conforme expõe Sueli Dallari.⁶⁴ Ela conecta o primeiro aspecto – individual – à ideia de preservação da liberdade exclusiva, enquanto o aspecto coletivo está ligado à promoção da igualdade real.

Como direito individual, o direito à saúde privilegia o valor liberdade, garantindo ao indivíduo a liberdade de escolha do tipo de relação que terá com o meio ambiente, a cidade onde vive, as próprias condições de trabalho, o tipo de vida que pretende para si. Também abrange a liberdade de opção do recurso médico-sanitário a ser procurado e do tipo de tratamento a se submeter; e, em sentido oposto, mas complementar, significa que o profissional médico tem liberdade de escolha da linha terapêutica que considere mais adequada ao tratamento do doente.⁶⁵

No que concerne ao aspecto coletivo ou social do direito à saúde, Dallari reconhece a prevalência do valor igualdade, justificando a imposição de limitações a comportamentos humanos, com intuito de preservação da saúde de todos os que vivem em sociedade, pois a ninguém é permitido induzir outrem a adoecer, tampouco impedir que alcance o próprio bem-estar.⁶⁶

A propósito desta abordagem, defende Lenir Santos, ainda, uma igualdade material calcada na premissa de que a Constituição, além de garantir o direito à saúde, por meio do desenvolvimento de políticas sociais e econômicas que evitem o risco de doenças, ainda exige, em seu artigo 3º,⁶⁷ que sejam diminuídas as diferenças sociais e erradicadas a pobreza e a marginalização. Segundo ela, tais preceitos reclamariam uma atitude estatal desenvolvida a tal ponto que seus cidadãos tenham oportunidades iguais para a conquista de seu bem-estar, cada um na medida de seus desejos, anseios, esforços e capacidades individuais, e que o desenvolvimento econômico venha minimizar as desigualdades na busca de oportunidades.⁶⁸

Assim, em razão da igualdade de oportunidades que elimine os privilégios que “tornam alguns ‘mais iguais’ que outros,”⁶⁹ haverá mais condições sociais para que todos gozem igualmente de saúde. Isso evita que os menos favorecidos tenham menores chances de viver uma vida de qualidade e com saúde. Enquanto o caminho da igualdade de oportunidades é trilhado, deve-se, segundo a autora, pensar nas medidas concretas de promoção à saúde como um *meio* de garantir a dignidade de vida.⁷⁰

Esta importância da promoção da igualdade material mediante a coordenação entre políticas

sociais *lato sensu* e de políticas e ações de saúde foi objeto de destaque no discurso proferido pela Presidente Dilma Rousseff, na manhã do dia 19 de setembro de 2011, durante a Reunião de Alto Nível sobre Doenças Crônicas Não Transmissíveis, na Organização das Nações Unidas (ONU), em Nova York. Segundo ela, é “fundamental” aliar políticas de saúde a programas de desenvolvimento social.⁷¹

Resta indene de dúvidas, assim, que “está, pois, o Estado juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde, visando a construção de uma nova ordem social, cujos objetivos, repitase, são o bem-estar e as justiças sociais, pois a Constituição lhe dirige impositivamente essas tarefas,”⁷² como anota Sebastião Tojal.

3. A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

Ao historiar a produção jurisprudencial no Brasil sobre a interpretação e concretização do direito à saúde na Ordem Constitucional de 1988, verificam-se claramente a sua evolução e divisão em duas fases. A primeira, que vai do advento da Constituição até meados da década de 1990, reflete uma atitude judicial ainda atrelada ao paradigma constitucional anterior e à velha hermenêutica silogística e dedutivista, de inspiração positivista e liberal. A segunda, que teve início em meados da década de 1990 e permanece até os dias atuais, revela uma atuação jurisdicional mais ativa na interpretação do direito à saúde, posição alinhada aos ditames da Carta de 1988 e à nova hermenêutica concretista dos direitos fundamentais, de inspiração pós-positivista e democrático-social.

Com efeito, malgrado a explicitação constitucional da aplicabilidade imediata das normas dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º),⁷³ até meados da década de 1990, juízes e tribunais superiores sufragavam o entendimento de que o direito à saúde estaria consubstanciado em norma meramente programática, de eficácia limitada. Deste preceito não surgiram direitos subjetivos a serem exigidos de forma direta e imediata por intermédio do Poder Judiciário, mas apenas diretrizes jurídicas, que necessitariam da mediação dos poderes constituídos – sobretudo do Poder Legislativo – para a sua plena realização nas relações concretas.

Servindo como um dos principais fundamentos para o entendimento jurisprudencial então vigente, uma obra de José Afonso da Silva leciona que, por constituir uma espécie de norma de princípio programático, a proteção à saúde é aco-

lhida apenas “como programa a ser realizado pelo Estado, por meio das leis ordinárias ou de outras providências.”⁷⁴ Em razão disso, consoante pensa o autor, ela não confere aos beneficiários dos interesses nela consubstanciados o poder de exigir sua satisfação, não podendo ser realizadas antes que o legislador cumpra o dever de completá-las por meio da legislação integrativa.⁷⁵

Ilustrativo deste pensamento doutrinário e jurisprudencial é o acórdão proferido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 1995/0068782-8 (RMS 6564 / RS),⁷⁶ em cujos autos aquela Corte negou o pedido do impetrante, um menor portador de “síndrome da hipoventilação alveolar central”, para que o Governador do Estado do Rio Grande do Sul fosse compelido a fornecer-lhe aparelho marcapasso indispensável à sua sobrevivência.

Dos fundamentos da aludida decisão sobressai o entendimento de que as normas meramente programáticas – gênero do qual a norma que consubstancia o direito à saúde é espécie – protegem um interesse geral, mas não conferem aos seus beneficiários o poder de exigir pela via judicial a sua satisfação. Para tanto, seria necessário que antes o legislador exercesse o múnus de densificar o direito por meio da legislação integrativa. Enquanto não o fizer, faltará ao cidadão o direito subjetivo público ao exercício do direito.

Nesse ambiente, conforme as reflexões promovidas por José Cretella Junior, a norma jurídica constitucional que dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado⁷⁷ não consubstanciaria, na verdade, “um direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir, em juízo, as prestações prometidas.”⁷⁸ Para ele, nestes casos, “O Estado *deve*, mas o *debet* tem conteúdo ético, apenas, conteúdo que o *bonus administrator* procurará proporcionar a todos, embora a tanto não seja obrigado.”⁷⁹

Este entendimento fazia com que o direito à saúde se transformasse, assim, em uma “mera ilusão constitucional”, nas palavras de Pinto Ferreira.⁸⁰

Este quadro, no entanto, começou a ser objeto de profundas alterações em meados da década de 1990.

Acolhendo as ideias de normatividade e imperatividade das normas constitucionais, os juízes e tribunais brasileiros foram, gradativamente, retirando do art. 196 da Constituição a eficácia necessária para obrigar o Poder Público a adotar medidas concretas necessárias à proteção e recuperação da saúde dos indivíduos, bem assim a formular e implementar políticas sociais e econômicas que ga-

rantam a todos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Desde então, a norma jurídica constitucional que dispõe sobre a saúde não seria mais um expediente de mera admoestação, mas instrumento de vinculação do administrador público à execução das medidas e programas estabelecidos na Constituição.

As primeiras manifestações judiciais deste novo pensamento decorreram de provocações advindas de um movimento deflagrado pelos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV), que, por intermédio dos serviços de assistência jurídica de ONGs,⁸¹ ajuizaram diversas ações judiciais, solicitando o fornecimento de antirretrovirais pelo Poder Público, especialmente o *indinavir*, o *saquinavir* e a *zidovudina*.⁸² Estas drogas, indispensáveis para a garantia de sobrevivência destes pacientes, já tinham sido liberadas nos Estados Unidos, mas não eram ainda disponibilizadas nas unidades de saúde pública brasileiras.⁸³

Tendo por fundamento o direito fundamental à saúde insculpido no art. 196 da Constituição Federal, diversos juízes e tribunais foram gradativamente concedendo tais medidas, obrigando o Poder Público a fornecer o “coquetel” de medicamentos inibidores da protease, capazes de impedir o HIV de se reproduzir.⁸⁴

Pesquisa realizada por Paulo Gilberto Cogo Leivas⁸⁵ aponta que a primeira decisão sobre fornecimento de medicamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal data de 29/06/1999. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 242859,⁸⁶ em cujos autos a Primeira Turma da Corte não conheceu a pretensão recursal do Estado do Rio Grande do Sul em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado que lhe impôs a obrigação de fornecer a uma portadora do vírus HIV os medicamentos indispensáveis ao seu tratamento, os quais não tinha condições de adquirir por meios próprios.

O fundamento da decisão, no entanto, não se extraiu diretamente do texto da Constituição Federal, mas da Lei nº 9.908/93, por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes.

Em razão disso, considera a doutrina⁸⁷ que, malgrado tenha sido este o primeiro acórdão sobre fornecimento de medicamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o *leading case* acerca da nova jurisprudência nacional sobre o direito à saúde somente seria estabelecido no julgamento

do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS,⁸⁸ publicado aos 24/11/2000.

No julgamento deste recurso, a Segunda Turma do STF, à semelhança do Recurso Extraordinário nº 242859, ratificou decisão que estabeleceu a obrigação solidária do Município de Porto Alegre e do Estado do Rio Grande do Sul a fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos de pacientes destituídos de recursos financeiros necessários para custeá-los.

Ocorre que o fundamento, desta vez, não adveio da Lei nº Estadual 9.908/93, mas diretamente do texto da Constituição Federal.

Reconheceu a Turma que o direito à saúde, em virtude da previsão no art. 196 da Constituição e por ser consequência indissociável do direito à vida, constitui um direito público subjetivo, constitucionalmente tutelado, e pelo qual o Poder Público tem o dever de velar, de maneira responsável, sob pena de incidir, por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.⁸⁹

Nesta asserção, encontram-se as grandes mudanças de paradigma na transição da jurisprudência brasileira para o novo modelo de interpretação e concretização constitucional. Ela representa o reconhecimento, no âmbito do intérprete maior da Constituição, da eficácia direta e imediata do direito fundamental à saúde, com aptidão e força para ensejar a sua efetivação pela via judicial.

Além disso, por meio de tal decisão acolheu o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do direito à saúde, o entendimento de que o papel do Poder Judiciário no controle da constitucionalidade e da supremacia da Constituição não se restringe ao papel de “legislador negativo”, mas abrange, também, a coibição das omissões abusivas e injustificadas dos Poderes Legislativo e Executivo em suas funções típicas.

Ancorado nestas premissas, o acórdão também afastou expressamente a ideia de “programaticidade” da norma inscrita no art. 196 da Constituição como obstáculo à exigibilidade e efetividade do direito nela consubstanciado. Conforme assinalado no voto proferido pelo Ministro Relator,

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira

ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.⁹⁰

No primeiro momento restritos à concessão de medicamentos aos portadores do vírus HIV, estes fundamentos logo se estenderam para obrigar o Poder Público a fornecer medicamentos referentes a diversas enfermidades, assim como tratamentos e exames específicos. Fornecimento gratuito de medicamentos a pacientes portadores de “esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio,”⁹¹ fornecimento gratuito de medicamento a paciente portadora de patologia neurodegenerativa rara – “NIEMANN-PICK TIPO C,”⁹² custeio de tratamento médico no exterior a fim de evitar a evolução de doença ocular progressiva – “retinose pigmentária,”⁹³ são apenas alguns exemplos de pedidos concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em diversas demandas ajuizadas com vistas à concretização do direito à saúde.

Em todos esses casos, o Supremo Tribunal Federal identificou um direito subjetivo à saúde, para cuja implementação há o dever fundamental de prestação por parte do Estado – União, estados, Distrito Federal e municípios – conforme a competência comum prevista no art. 23, II, da Constituição Federal.⁹⁴

Segundo o Excelso Pretório, União, estados, Distrito Federal e municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, distrital, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.⁹⁵ Assim, independentemente da divisão administrativa de competências estabelecidas na Lei nº 8.080/90 e nas Portarias GM/MS nº 3.916/98, GM/MS nº 2.577/06, GM/MS nº 2.583/07, e GM/MS nº 3.237/07, todos os entes federativos são solidariamente responsáveis pela concessão dos medicamentos necessários ao tratamento e à recuperação da saúde das pessoas.

Conforme destacam João Maurício Brambati Sant’Ana, Vera Lúcia Edais Pepe, Claudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro e Miriam Ventura, este “fenômeno social e jurídico do aumento dessas demandas tem sido chamado de judicialização da saúde”, e se “expressa, principalmente, em demandas judiciais por medicamentos.”⁹⁶ Segundo os autores

[...] o número de ações movidas contra o Estado pleiteando medicamentos vem crescendo acentuadamente nos últimos anos no Brasil

(3–8). Se no início dos anos 1990 essas demandas tinham por objeto medicamentos para o tratamento de enfermidades direcionadas, como HIV/Aids, hoje o perfil das ações é bem mais diversificado, abrangendo medicamentos para as mais variadas indicações terapêuticas[...].⁹⁷

Destaca Luís Roberto Barroso que este foi o caminho encontrado pelos pacientes para buscar a efetivação de seu direito à saúde e à vida, tendo como suporte os princípios regradados na Constituição Federal do Brasil do ano de 1988.⁹⁸

Segundo ele, nos últimos anos, no Brasil, “a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade, sendo jurisprudência acerca do direito à saúde um exemplo emblemático desta assertiva”. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente prestações com vistas à efetivação do direito à saúde em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada deste direito.⁹⁹

3.1 Efeitos e reações

Estudo divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2011 revela que tramitam, no Judiciário brasileiro, mais de 240.980 processos judiciais na área de saúde – as chamadas demandas judiciais da saúde.¹⁰⁰

Tais números refletem um somatório das ações ajuizadas nos tribunais de justiça – à exceção dos Tribunais de Justiça do Amazonas, da Paraíba e de Pernambuco – e nos tribunais regionais federais com vistas ao acesso a medicamentos e a procedimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), bem como vagas em hospitais públicos. Cobrem, ainda, em reduzida proporção, ações diversas movidas por usuários de seguros e planos privados junto ao setor.

Segundo o levantamento,¹⁰¹ os cinco tribunais de justiça com maior número de processos na área de saúde são o do Rio Grande do Sul, com 113.953 processos, o de São Paulo, com 44.690 processos, o do Rio de Janeiro, com 25.234 processos, o do Ceará, com 8.344 processos, e o de

Minas Gerais, com 7.915 processos. Dentre os cinco tribunais regionais federais, por sua vez, destacam-se o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que abrange os três estados da Região Sul do Brasil, com 8.152 processos, e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que cobre os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, com 6.486 processos.

Este elevado número de demandas provoca questionamentos e reflexões na comunidade jurídica, e profunda revolta dos gestores públicos. Isto porque, se por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício da cidadania e para a realização do direito fundamental à saúde,¹⁰² de outra parte o elevado número de ordens judiciais enseja grandes impactos financeiros à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, em prejuízo das políticas de saúde já previamente instituídas e planejadas com o objetivo de atender a toda a coletividade.

Apenas para exemplificar, ilustrando a situação da unidade federativa responsável pelo maior número de demandas judiciais de natureza sanitária, consta que metade de todo o orçamento destinado à saúde no Estado do Rio Grande do Sul é consumido no cumprimento de decisões judiciais, cujo montante saltou de R\$ 9 milhões em 2005 para R\$ 22 milhões em 2006.¹⁰³

Já em âmbito federal, aponta-se que, de janeiro a julho de 2008, o Governo gastou diretamente R\$ 48 milhões com ações judiciais para a aquisição de medicamentos. Em três anos, o aumento chegou a 1.920%, quando considerado que, em 2006, o gasto foi de R\$ 2,5 milhões de reais.¹⁰⁴

Mais recentemente, em 28/04/2011, noticiou o jornal "O Estado de São Paulo"¹⁰⁵ que os valores gastos pelo Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais que determinavam o fornecimento de medicamentos de alto custo aumentaram mais de 5.000% (cinco mil por cento) de 2005 a 2010. Foram gastos R\$ 2,24 milhões em 2005 contra R\$ 132,58 milhões em 2010.

Diante deste quadro de "crescente incerteza que desreguladas decisões judiciais introduzem nas execuções orçamentárias estaduais,"¹⁰⁶ federais, distritais e municipais, gestores públicos e representantes do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) passaram a buscar opções que viabilizassem a racionalização do sistema judicial de concessão de decisões liminares que obrigaram os gestores do SUS a fornecer medicamentos não ofertados ou não disponíveis nas farmácias das unidades públicas de saúde.

Imbuído deste propósito, e ancorado nas reflexões promovidas por estes profissionais no Seminário "O SUS, o Judiciário e o Acesso aos Medicamentos Excepcionais", realizado em Porto Alegre – RS nos dias 09 e 10 de julho de 2005, o senador Tião Viana apresentou o Projeto de Lei do Senado n. 219/07, que altera a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e dispõe que a oferta de medicamentos e procedimentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pela via judicial, seja feita com base nas diretrizes terapêuticas instituídas pelo gestor federal do SUS (Ministério da Saúde) em protocolo clínico para a doença a ser tratada.

Após alguns anos de tramitação, o Projeto de Lei foi apreciado pelo Congresso Nacional. Sua base formal original foi rejeitada, mas o seu conteúdo material, com algumas breves alterações, passou a compor o texto da Lei nº 12.401, de 29 de abril de 2011.¹⁰⁷

Esta lei, que entrou em vigor no dia 19 de outubro de 2011, estabelece que a obrigatoriedade do SUS de prestar assistência terapêutica, mesmo na via judicial, se restringe à dispensação de medicamentos cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS. Além disso, estabelece que oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, obedeça às tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Conquanto sua questionável constitucionalidade – na medida em que pretende limitar o raio de apreciação e atuação jurisdicional nas demandas de saúde, desobediente ao Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal¹⁰⁸) – esta lei é uma representação do tensionamento entre a atuação jurisdicional nas demandas de saúde e o poder dos governos de administrar as políticas de saúde dentro das suas possibilidades orçamentárias.

Este estado de tensão também é objeto de preocupação dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

Atento à existência de milhares de ações sobre fornecimento de medicamentos tramitando em todas as instâncias do Judiciário sem uma jurisprudência uniforme a respeito, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela existência de repercussão geral na discussão travada nos autos do RE n. 566.471-6/RN, e determinou a suspensão

de todas as demandas judiciais que versem sobre o tema em todos os órgãos jurisdicionais do País.

No encaixo do Excelso Pretório, o Superior Tribunal de Justiça admitiu o processamento, como recurso repetitivo, de um Recurso Especial interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, no qual se discute a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamentos específicos, de alto custo, a pessoas individualizadas (Recurso Especial nº 1102457).¹⁰⁹ Sua apreciação aguarda o julgamento da repercussão geral reconhecida pelo STF.

Igualmente atento à situação do elevado número de demandas em tramitação no Poder Judiciário brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação 31, de 30 de março de 2010,¹¹⁰ conclamando os tribunais do País a adotarem uma série de medidas com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Além disso, pela Resolução 107, o CNJ instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde.¹¹¹ Tal grupo tem por objetivo elaborar estudos e propor medidas e normas para o aperfeiçoamento de procedimentos e a prevenção de novos conflitos na área da saúde, como aqueles relacionados ao fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos, internações e o monitoramento de ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Com vistas a discutir e esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre a saúde, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, à época Presidente do Supremo Tribunal Federal, convocou ainda audiência pública para ouvir pessoas com experiência e autoridade em matéria do Sistema Único de Saúde. O evento foi realizado nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 04, 06 e 07 de maio de 2009, ocasião na qual foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS.¹¹²

Dos estudos e debates empreendidos, o Ministro retirou algumas conclusões que passaram a consubstanciar uma série de critérios a serem utilizados pelos julgadores ao apreciarem as demandas de fornecimentos de medicamentos pelo Poder Público, contribuindo, assim, para a racionalização do problema da atuação judicial desordenada na área de saúde.

Tais parâmetros foram expressos pela primeira vez no julgamento monocrático proferido por

Gilmar Mendes nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175.¹¹³ Tal decisão tem sido considerado o referencial mais importante no julgamento das demandas de saúde pelos juízes e tribunais de todo o Brasil, contribuindo, assim, para uma racionalização daquilo que alguns autores chamam de “judicialização excessiva”¹¹⁴ na área da saúde.

É de se pontuar, no entanto, que malgrado o enorme valor dos aludidos critérios e parâmetros, o seu enfoque se desenvolve sob três perspectivas centrais: distribuição de competências legais e constitucionais para a organização das políticas de saúde; avaliação da eficiência no exercício destas competências; e controle de segurança dos medicamentos.

A questão, no entanto, envolve outras variáveis. Solicita, dentre outras, uma reflexão do fenômeno da judicialização da saúde sob uma ótica prospectiva que analise o direito à saúde sob a ótica da teoria do custo dos direitos e da necessária alocação de recursos limitados com vistas à implementação da igualdade real que norteia os direitos sociais. Importante instrumento para tal reflexão é a chamada “Teoria dos Jogos”.

4. TEORIA DOS JOGOS, O CUSTO DOS DIREITOS E A ALOCAÇÃO DE RECURSOS NA ÁREA DE SAÚDE

Embora alguns estudos sobre “la théorie du jeu” tenham sido publicados pelo matemático francês Émile Borel em 1921, é ao matemático húngaro Jancsi von Neumann que se atribui a origem da Teoria dos Jogos.¹¹⁵

Ela foi aplicada pela primeira vez na área bélica, sobretudo na Segunda Guerra Mundial, como paradigma para entender e propiciar a tomada de decisões. Recentemente, o interesse em seus preceitos foi reavivado e estendido a outras áreas do conhecimento, em decorrência da atribuição de prêmios Nobel de Economia a alguns dos seus novos expoentes: John C. Harsanyi, John Nash e Richard Selten, em 1994, pelo desenvolvimento da Teoria do Equilíbrio em jogos não cooperativos; e James A. Mirrlees e William Vickery, em 1996, por sua contribuição à Teoria dos Incentivos sobre a regra da assimetria das informações.

Von Neumann entende como jogo uma situação de conflito em que dois (ou mais) indivíduos interagem, e alguém precisa fazer uma escolha, sabendo que há outros, ao mesmo tempo, também em processo de escolha. Ele demonstra matematicamente que sempre há um curso racional, uma estratégia de ação para os jogadores.

Com arrimo na análise destas estratégias, a Teoria dos Jogos procura identificar as regras do jogo (lógica da situação em que estão envolvidos os jogadores), e com isso ajuda a prever as linhas de ação que cada um dos agentes em conflito pode adotar e os possíveis resultados decorrentes de cada uma.

Para ilustrar o modo como opera esta teoria, Merrill Flood e Melvin Dresher formularam em 1950 uma historietta que foi, anos mais tarde, desenvolvida por Albert W. Tucker e publicada sob o título de "O dilema do prisioneiro."¹¹⁶

Segundo ela, dois indivíduos conspiram para cometer um crime. Detidos fora do local do delito, são conduzidos à delegacia e encaminhados a celas separadas, onde permanecem incomunicáveis. A autoridade policial promove a investigação, e conclui que as provas contra eles são escassas.

Decide o delegado, então, propor a cada um dos suspeitos o seguinte acordo: se ele confessar o roubo e seu parceiro não confessar, ele será libertado em decorrência de sua cooperação com a polícia, enquanto seu parceiro (que não confessou) irá amargar quatro anos na penitenciária estadual. Se, ao contrário, ele não confessar, mas seu parceiro o fizer, será ele a enfrentar os quatro anos na penitenciária estadual, enquanto o seu parceiro será libertado. Caso ambos confessem, a cooperação de cada um deles perde o valor como denúncia do comparsa e ambos enfrentam uma pena de dois anos na prisão estadual (sanção inferior aos quatro anos, em virtude da confissão de ambos). Finalmente, embora a polícia não os informe a respeito, eles sabem que se nenhum dos dois confessar, ambos serão soltos após um ano de detenção, por vadiagem.¹¹⁷

Analisando estrategicamente as opções de cada acusado, percebe-se que a melhor decisão individual é confessar, já que, ao agir assim, haverá pelo menos dois anos a menos de prisão, independentemente do que o outro prisioneiro fizer. A melhor estratégia geral, no entanto, é a de cooperação: nenhum confessa, e ambos permanecem reclusos pelo tempo mínimo. Tal cooperação, entretanto, não é possível, já que eles não podem se comunicar.

Como não sabem e tampouco têm controle sobre o que o outro vai fazer, acabam confessando – ambos. O resultado para os dois é uma pena de dois anos.

Tal formulação é utilizada para demonstrar que em determinados processos de interação estratégica, o fato de cada jogador buscar o melhor para si leva a uma situação que não é melhor para todos.

Esta mesma conclusão foi alcançada pelo biólogo **Garrett Hardin**, ao **demonstrar** os efeitos negativos gerados pela reprodução de condutas não cooperativas em ações coletivas.

Imaginou ele a situação em que vários fazendeiros dividem um mesmo pasto para alimentar suas vacas. Analisando estrategicamente as suas opções, cada um dos fazendeiros percebe que a melhor opção individual é colocar o maior número possível de cabeças de gado no espaço comum. A melhor estratégia geral, no entanto, é a de cooperação: todos soltam um número menor de animais no pasto, e permanecem usufruindo os recursos de maneira sustentável.¹¹⁸

Preferem, no entanto, não cooperar. Como não têm conhecimento nem ingerência sobre o que os outros vão fazer, optam por maximizar os seus ganhos colocando mais vacas no pasto. O resultado para todos é o pior possível: destruição do pasto e morte dos animais.¹¹⁹

Esta elaboração deu origem ao conceito de "tragédia dos comuns", que foi assim resumido por **Hardin**:

Nisto está a tragédia. Cada homem está trancado em um sistema que o compele a aumentar seu rebanho sem limites - num mundo que é limitado. Ruína é o destino para o qual todos os homens correm, cada um perseguindo seu próprio interesse em uma sociedade que acredita na liberdade dos **comuns**.¹²⁰

Estas ideias, a princípio utilizadas na área bélica e mais tarde no campo da Matemática e da Economia, são de grande valia também na área do Direito, em especial, no campo da judicialização dos direitos sociais. Representam um valioso instrumento de projeção dos efeitos gerados pela multiplicação de várias decisões individuais, preferidas em casos concretos nos mais diversos juízos e tribunais do País, sobre as relações sociais e econômicas da coletividade.

Com efeito, percebe-se que, malgrado tenha assumido o papel de concretizador dos direitos sociais, o Poder Judiciário ainda permanece atrelado a uma formação de viés individualista, própria do Estado liberal. Tal formação lhe impõe uma espécie de "miopia cognitiva", que limita o raio de avaliação jurisdicional às balizas do caso concreto, à microjustiça da lide submetida à sua apreciação.

Suas novas funções, no entanto, lhe exigem outra formação, um novo olhar sobre as lides. A concretização dos direitos sociais, como é o caso do direito à saúde, exige do julgador uma ampliação dos horizontes, uma capacidade de estimar

também a macrojustiça, de modo que a justiça do caso concreto seja sempre aquela assegurada a todos os que estão ou possam vir a estar em situação similar.¹²¹ Trata-se de um exercício argumentativo de abstração encontrado, em maior ou menor grau, na Pragmática universal habermasiana, expresso em seu princípio da universalização.¹²²

Não se pode olvidar de que a implementação dos direitos sociais exige a alocação de recursos, que são, por natureza, limitados. Sendo assim, para que a isonomia seja assegurada é necessário que o magistrado desenvolva uma visão pragmática centrada na análise dos efeitos prospectivos e concretos operados por parte de cada decisão judicial sobre a realidade sócio-econômica, sob pena de, com a multiplicação desordenada de demandas judiciais maximizadoras do espectro de proteção dos direitos, tornar impossível a realização do seu núcleo essencial para a coletividade.

Neste contexto, a teoria dos jogos revela que as demandas judiciais não são realidades insuladas, fatores anódinos sobre a realidade coletiva. Funcionam, sim, como estratégias ou linhas de ação adotadas por diversos agentes que interagem entre si, e que, como tal, têm o poder de contribuir sobre os rumos das relações de toda a coletividade.

No ambiente judicial, no entanto, “a tendência natural é fugir do problema, negá-lo.”¹²³ Conforme assinala Gustavo Amaral, o pensamento prevalente é o de que,

Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, aos orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso, mormente se adotado o discurso de que o Estado tem recursos “nem sempre bem empregados.”¹²⁴

É importante, contudo, que os julgadores sejam levados à consciência de que, independentemente do seu assentimento ou vontade, eles estão inseridos nesta teia de relações, neste sistema. Deferindo ou não a demanda, estarão eles interferindo nesta dinâmica. Isto é uma realidade inexorável.

Cumprilhes, portanto, tomar consciência do seu papel e assumir a responsabilidade de ser, mesmo nas demandas individuais, agentes com poder de interferir sobre as relações coletivas.

Para demonstrar a veracidade desta asserção, aplique-se a Teoria dos Jogos às ações de fornecimento de medicamentos.

Preveem os artigos 6º e 196 da Constituição o direito à saúde, impondo ao Estado o dever de garantir aos cidadãos as ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Para implementar essa missão, dispõe o Estado de determinado volume de recursos. Trata-se, pois, de um bem jurídico coletivo, a ser usufruído por todos os cidadãos. Analisando estrategicamente as suas opções, cada um dos cidadãos, independentemente de sua condição financeira, percebe que a melhor escolha individual é exigir e usufruir do maior número possível de ações e serviços de saúde do Estado, mesmo que não previstos no rol das políticas estabelecidas, e qualquer que seja o seu custo. Como não têm conhecimento nem ingerência sobre o que os outros vão fazer, optam por exigir judicialmente todas as prestações que desejam, pois acreditam que o Estado, que possui um orçamento de enormes proporções, pode custeá-las sem nenhum problema. Ocorre que um número cada vez maior de pessoas age desta forma. Cada um, isoladamente, ajuíza uma demanda, pleiteando a melhor prestação de saúde possível. O resultado para a concessão destes diversos pleitos individuais – decorrentes de uma estratégia não cooperativa de cada um dos agentes - é o pior possível: o colapso do próprio sistema de saúde.

Tem-se aí, pois, um exemplo evidente de uma “tragédia dos comuns”, que pode ser gerada pela reprodução de condutas não cooperativas em ações que envolvem a coletividade na área da saúde pública.

Sob a luz da análise prospectiva apresentada pela Teoria dos Jogos, percebem-se, pois, os efeitos nocivos da redução do fenômeno da concretização judicial do direito à saúde a um silogismo simplista em que “a premissa maior é que *a saúde é direito de todos*”, a premissa menor é que “o paciente-autor-da-ação-que-eu-tenho-que-apreciar”¹²⁵ necessita de cuidados médicos, e a síntese é que “*logo, o Estado está obrigado a entregar seja-lá-o-que-for, custe-o-que-custar,*”¹²⁶ conforme sugere Gustavo Amaral.

Como bem destaca Daniel Wang, esse tipo de decisão ignora as próprias consequências distributivas, de decisão de alocação de recursos, pois decide “que alguns ganharão sem pensar em quem perderá”. Segundo ele, “tratar estes direitos como se fossem absolutos é decidir usando uma dogmática jurídica que faz uso apenas das regras jurídicas e esquece da realidade.”¹²⁷

De fato, como imaginar que o Estado deva estar sempre e de forma ilimitada à disposição dos interessados, independentemente da verificação da sua condição individual, se, no Brasil, milhares de mães ainda morrem no momento do parto porque os hospitais públicos não as assistem de modo suficiente e adequado?¹²⁸ Se crianças morrem antes do primeiro aniversário por falta de acompanhamento pediátrico básico?¹²⁹ Se do total das causas mal definidas de óbito no Brasil no ano de 2003 (correspondentes a 13,3% de todos os óbitos), 53,3% corresponderam a mortes sem assistência?¹³⁰

Não se pode olvidar, nesta toada, que para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais o Estado precisa criar fontes de receitas, sendo a principal delas a arrecadação tributária. Com efeito, o financiamento dos direitos fundamentais por meio de receitas fiscais ajuda a se ver claramente que os direitos são bens públicos: “contribuintes financiadores e governo de gestão dos serviços sociais destinados a melhorar o bem-estar coletivo e individual.”¹³¹

Sendo tais recursos, por sua vez, limitados, depreende-se que as decisões alocativas para a efetivação do direito à saúde implicam *escolhas disjuntivas* de natureza financeira, ou, nas palavras de Guido Calabresi e Philip Bobbit, em *tragic choices*.¹³² Elas são feitas através de *trade-offs*: para implementar uma determinada prestação de saúde, outras prestações da mesma natureza restarão comprometidas.

Esta situação pode ser exemplificada com informações apresentadas pelo representante do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) no Seminário “O SUS, o Judiciário e o Acesso aos Medicamentos Excepcionais”. Segundo ele, no ano de 2003, os gastos com apenas 14 medicamentos de dispensação excepcional consumiram 63,7% das receitas do Ministério da Saúde para aquisição de medicamentos.¹³³

Isto revela, como corolário, que cada determinação judicial referente a uma prestação na área de saúde tem um *custo de oportunidade*, representando a alternativa escolhida em detrimento das outras opções por ela afetadas em um ambiente de escassez de recursos. Assim, “quando um direito é tornado efetivo, outros bens valiosos, inclusive direitos, são postos à margem, pois os recursos consumidos para dar eficácia àquele direito são escassos.”¹³⁴

Relevante é destacar, neste ponto, que a existência – repita-se, a existência – desta escassez independe do volume de recursos destinado pelo

Estado para a concretização dos direitos: ela é ontológica, inerente à área financeiro-orçamentária. Isto não quer dizer, por certo, que maior destinação de recursos para a área da saúde pública no Brasil – que amarga as consequências nefastas do subfinanciamento¹³⁵ e da corrupção – não tornaria os efeitos dos *trade-offs* das decisões alocativas menos contundentes e os *custos de oportunidade* menores: havendo mais recursos na área da saúde, por certo menos prestações restariam comprometidas em razão da escolha pela implementação de um determinado direito.

Tenciona-se ressaltar, no entanto, é que, mesmo considerado um volume maior de recursos, aliado à ausência – ou ao menos a redução – de desvios ilegais, ainda assim haveria escassez, a demandar a atenção do aplicador da norma: mesmo neste ambiente, os recursos continuariam sendo finitos, ao passo que as necessidades e pretensões dos usuários permaneceriam, em contrapartida, infinitas.

Conforme assinala Gustavo Amaral, “Imaginar que não haja *escolhas trágicas*, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades (...) parece uma questão de fé”, no sentido bíblico: a certeza de coisas que se esperam, a convicção, de fatos que não se veem.¹³⁶

Inspirados por esta realidade, Stephen Holmes e Cass R. Sustein asseveram em termos bem contundentes: “Levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério”¹³⁷. Em seguida, arrematam:

Direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Isto, contudo, é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo judiciário sem considerações às consequências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis. (...) Direitos são relativos, não pretensões absolutas. Atentar para os custos é outro caminho, paralelo a outros mais habitualmente percorridos, para a melhor compensação da natureza qualitativa de todos os direitos, inclusive os constitucionais (...) A atenção aos custos dos direitos revela a extensão em que a efetividade dos direitos, como realizada nos Estados Unidos (e em outros lugares), é feita através de *trade-offs*, inclusive, *trade-offs* monetários. (...) As finanças públicas são uma ciência ética porque nos forçam a levar em conta, de modo públi-

co, os sacrifícios que nós, como comunidade, decidimos fazer, a explicar o que pretendemos abrir mão em favor de objetivos mais importantes. (...) A teoria legal seria mais realística se examinasse abertamente a competição por recursos escassos que passa necessariamente entre diversos direitos básicos e outros valores sociais.¹³⁸

Daí porque defende Lenir Santos a necessidade de se promover uma racionalização das prestações abrangidas pelo escopo do direito à saúde, de modo a se definir que serviços o Estado deverá colocar à disposição da população: “Vai garantir tratamento no exterior? Exames sofisticados de prevenção, enquanto há absoluta necessidade de cuidar de programas que evitem a desidratação e a mortalidade infantil?”¹³⁹

Conforme destaca, estas escolhas requerem cada vez mais grave seriedade nas definições, em razão da escassez de recursos diante das crescentes demandas. “Sem critérios para a incorporação da infinidade de recursos tecnológicos hoje existentes – e que talvez sejam quase infinitos –, não haverá equidade na organização dos serviços de saúde. Uns terão, talvez, até o desnecessário, enquanto outros não terão nem o essencial”¹⁴⁰ – arremata.

5. HIPOSSUFICIÊNCIA DO POSTULANTE: UM CRITÉRIO RACIONALIZADOR DAS DEMANDAS DE SAÚDE INSPIRADO NA IGUALDADE MATERIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Atentos à necessidade de executar a difícil tarefa de harmonizar o direito à saúde com o seu conteúdo integral e com todo o sistema em um ambiente de escassez, alguns estudiosos começaram a desenvolver um critério alocativo sanitário calcado no fundamento maior dos direitos sociais: a ideia de igualdade material.

É o caso de Guilherme Beux Nassif Azem. Segundo ele,

A ideia de igualdade material acompanha os direitos sociais. Dessa forma, há que se objetivar o acesso do maior número de pessoas aos bens disponíveis. Para concretizar tal postulado no campo do direito a saúde, em especial no fornecimento de medicamentos, o Estado somente deve atuar positivamente em relação àqueles que não ostentem condição de fazê-los por si sós.¹⁴¹

Consoante tal raciocínio, a concessão indiscriminada de medicamentos a quem pode adqui-

ri-los sem prejuízo da própria manutenção atenta contra a aceção distributiva de bens, ínsita aos direitos sociais. Em vez de distribuir, concentra-os ainda mais, desnaturando o acesso igualitário e universal do direito à saúde, da forma como previsto no art. 196 da Constituição Federal.

Exprime o autor, neste comenos, que não bastasse a própria interpretação sistemática do aludido dispositivo constitucional, “a Lei nº 8.080/90, em seu 2º, §2º, dispõe que ‘o dever do estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade,’”¹⁴² de onde se divisa que a “responsabilidade do Poder Público não é imediata, cabendo ao interessado esgotar as demais possibilidades antes de se voltar contra o Estado.”¹⁴³

Ancorado nestas premissas, defende, então, no que concerne ao objeto deste ensaio, que, na tarefa constitucional de possibilitar o acesso igualitário às ações de saúde, o Poder Judiciário deve levar em consideração as condições individuais dos cidadãos, somente determinando o fornecimento de medicamentos pelo SUS mediante a comprovação idônea da sua hipossuficiência.

Oportuno é registrar-se, neste ponto, que o conceito de hipossuficiência, na aceção empregada, não se confunde com pobreza. Significa, segundo o autor, “uma necessidade em face do caso concreto, consideradas todas as circunstâncias a ele concernentes.”¹⁴⁴

Nesta linha de intelecção, o simples fato de o indivíduo perceber razoável renda mensal, acima do padrão nacional, não implica que possa arcar com os custos de qualquer tratamento indispensável à preservação da sua saúde e da sua vida. Em casos tais, conforme entende Azem, “ainda que não se caracterize a pobreza, haverá a hipossuficiência.”¹⁴⁵

Tal raciocínio segue a linha conceitual do art. 1º da Lei Estadual nº 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul:

Art. 1º - O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.¹⁴⁶

Inspirado por este modelo, o critério alocativo de Azem predica, então, que, ao ajuizar uma demanda em face das pessoas jurídicas de Direito público requerendo o fornecimento de medicamentos, o postulante deve comprovar, de forma idônea, a sua hipossuficiência. Tal comprovação

pode ser feita pela via documental (mediante a juntada de cópia do contracheque e/ou declaração de imposto de renda, por exemplo), testemunhal, ou por qualquer outro meio de prova admitido pelo sistema processual civil.¹⁴⁷

Embora não desça às minúcias da fundamentação de Azem, George Marmelstein Lima compartilha do mesmo entendimento. Para o autor, conquanto todas as pessoas possam ser titulares dos direitos sociais, o Estado somente pode ser compelido a prestar medidas materiais tendentes à concretização destes direitos àqueles que, por conta própria, não têm como provê-los:

Na verdade, todas as pessoas podem ser titulares dos direitos sociais. No entanto, o Estado somente pode ser obrigado a disponibilizar os serviços de saúde, educação, assistência social etc. para aqueles que não têm acesso a esses direitos por conta própria. Desse modo, apenas as pessoas que não podem pagar pelos serviços de saúde, de educação etc. podem, em dadas circunstâncias, exigir judicialmente o cumprimento da norma constitucional.¹⁴⁸

Inspirado pela mesma ideia-base de Azem, Lima entende que, na tarefa constitucional de concretização dos direitos sociais, o Poder Judiciário deve ser um instrumento de redução das desigualdades, como, aliás, determina o artigo 3º da Constituição Federal ao definir os objetivos do Estado brasileiro.¹⁴⁹ Por isso, deve agir intensa e criativamente em favor daqueles que necessitam da atuação estatal para a salvaguarda dos seus direitos, e não para garantir a manutenção de confortável padrão de vida para aqueles que podem arcar com os custos das suas demandas de saúde “sem qualquer problema.”¹⁵⁰

Segundo Lima, tais ideias foram fruto de uma profunda reflexão acerca dos seguintes fatos por ele vivenciados:

Uma pobre senhora de nome Maria teve o infortúnio de ser contaminada por seu marido com o vírus HIV. A doença já estava em estágio avançado e ela foi a um hospital público. O médico prescreveu uma série de remédios, pois apenas tomando o famoso coquetel de medicamentos inibidores da protease ela conseguiria prolongar sua vida. O custo era assustador para os padrões dela: cerca de cinco salários mínimos por mês. Ela estava desempregada. Seu marido ganhava apenas um salário mínimo. No hospital público, o medicamento existente não era suficiente para atender toda a demanda. Apenas uns poucos pacientes, já previamente cadastrados, tinham acesso à me-

dicação gratuitamente, ainda assim com muita dificuldade, já que, vez ou outra, as drogas acabavam antes do tempo previsto.

Maria teve a sorte de encontrar uma organização não-governamental que atua em defesa das pessoas portadoras do HIV e, com auxílio da referida ONG, ingressou com uma ação na Justiça Estadual contra o Estado do Ceará. Na ação judicial, pedia apenas o cumprimento da Constituição, que garante o direito à vida e, no artigo 196, diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Com base na citada norma constitucional, defendia que Poder Público deveria lhe fornecer o coquetel de medicamentos que lhe permitiria sobreviver.

No processo judicial, a resposta do estado do Ceará não poderia ser diferente: dizia que a norma constitucional que reconhece que a saúde é direito de todos seria meramente programática e, portanto, não geraria direitos subjetivos. Citou, inclusive, decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

Esse foi um caso concreto (Proc. 98.02.04610-8) que tramitou, por volta do ano de 1998, na 2ª Vara da Fazenda Pública da Justiça Estadual do Ceará, na qual eu tive a oportunidade de estagiar, auxiliando o Dr. Francisco Chagas Barreto Alves, juiz daquela Vara, na pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Por coincidência, à época, eu estava escrevendo a já mencionada monografia sobre “O Poder Judiciário e os Direitos Fundamentais.”

A sentença de procedência, que tive a honra de minutar, foi assinada no dia 10 de dezembro de 1998, exatamente cinquenta anos depois da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Na sentença, procurei invocar a teoria da máxima efetividade das normas constitucionais, afastando a tese levantada pelo Estado de que o direito à saúde seria uma norma meramente programática que não geraria direitos subjetivos. No fundamento, não foram abordadas questões como a separação de poderes, os problemas orçamentários, a reserva do possível etc., até porque não foram argüidas na contestação.

O certo é que o Tribunal de Justiça confirmou integralmente a sentença e, hoje, provavelmente, a pobre Maria está recebendo a devida medicação por força de uma ordem judicial transitada em julgado.

Cerca de dois anos depois, já atuando como Procurador do Estado em Alagoas, participei de um outro caso em que o mesmo direito à saúde foi invocado para obrigar o Poder Público a custear o tratamento de um doente. Dessa vez, contudo, o meu papel seria o de defender o Estado, ou seja, em princípio, havia um conflito entre as minhas convicções acadêmicas e o meu dever de defender o Estado em juízo.

Por uma questão de coerência, passei o caso a um outro colega (Leonardo Resende Martins), que ficou encarregado de preparar a resposta estatal. A resposta por ele preparada foi tão bem fundamentada que eu próprio concordei com as razões ali expostas e, se hoje tivesse que atuar no caso, defenderia o Estado sem qualquer crise de consciência.

O caso, em síntese, era o seguinte: um sujeito precisava de um transplante de pâncreas e, após ter sido negado seu direito administrativamente, impetrou um mandado de segurança na Justiça Federal contra o Secretário da Saúde do Estado, que, na ocasião, era o responsável pelo SUS em Alagoas. O objetivo da ação era obrigar que o Poder Público custeasse as despesas com o tratamento.

Até aí, nada demais. E foi por isso que preferi não atuar no caso.

Ocorre que os fatos não paravam por aí. Somente depois fiquei sabendo dos seguintes detalhes que mudaram completamente o enfoque da questão: (a) em primeiro lugar, o impetrante era um advogado de prestígio, que morava em um prédio de luxo localizado em um bairro nobre da cidade; (b) em segundo lugar, o impetrante tinha plano de saúde, que cobriria boa parte dos custos, caso ele não tivesse acionado o SUS; (c) por fim, o impetrante não pretendia apenas que o Estado realizasse a cirurgia e pronto, mas que a cirurgia fosse realizada no melhor hospital do país (Hospital Albert Einstein, em São Paulo) e que fossem cobertos os custos com passagens aéreas e hospedagens, inclusive para acompanhantes. Vale ressaltar que o SUS de Alagoas tinha convênios com ótimos hospitais com condições técnicas de realizar a operação a menor custo.

Apesar de todas essas questões, a Justiça Federal de primeira instância concedeu a liminar integralmente. Os custos para cumprir a decisão equivaliam ao dobro do valor desembolsado no mês anterior para gastos com tra-

tamentos fora de domicílio de pacientes atendidos pelo SUS no estado de Alagoas, num total de 127 pessoas beneficiadas, a maioria vítima de câncer.

Na segunda instância, a Procuradoria do Estado conseguiu revogar parcialmente a decisão, de modo que os custos com o cumprimento da liminar foram reduzidos quase pela metade, tendo sido excluídos os gastos com acompanhantes e passagens aéreas.

Mesmo assim, aquele caso significou para mim um poço de dúvidas e de reflexões. Até então, minha concepção em torno da possibilidade de efetivação judicial dos direitos sociais era de apoio incondicional. Na minha ótica, se uma pessoa precisasse de tratamento médico, caberia ao Estado custeá-lo sem hesitação. Mas aquele caso quebrou o encanto. Havia algo de muito injusto naquele processo que ainda não estava muito claro em meus pensamentos.

Foi aí que, após muito refletir e estudar sobre o tema, tive o seguinte *insight* que passou a orientar toda a minha visão sobre o papel do Judiciário: percebi que o que justifica uma atuação judicial mais intensa na concretização de direitos fundamentais é o grau de necessidade daquele que solicita uma resposta do Judiciário; quanto maior for o grau de vulnerabilidade da parte, maior deverá ser o ativismo judicial.¹⁵¹

De fato, conforme assinalado alhures, os direitos sociais estão ancorados nas premissas teóricas da justiça social, da solidariedade e do universalismo, e têm por escopo alcançar uma igualdade efetiva mediante a intervenção do Estado¹⁵². Isto porque, ao contrário dos direitos liberais clássicos, eles não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstratas, mas, sim, “encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.”¹⁵³

Na trilha deste entendimento, a passagem de Sérgio Luiz Souza Araújo:

O homem de hoje requer educação, saúde, trabalho. Está aqui o objetivo supremo, a ins-piração normativa do decidido intervencionismo estatal, a fim de que o poder cumpra seus deveres para com a sociedade e, assim, seja possível a plena realização dos direitos e liberdades. A plenitude humana somente se concretizará se a sociedade proporcionar as

bases e reais condições de sua efetivação. A ideologia constitucional impõe que a prosperidade coletiva tenha clara primazia em relação aos direitos de índole individualista.¹⁵⁴

Daí por que, para Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, o Estado Social deve ter como norte a eficácia primordial do princípio da dignidade humana, e sempre buscar, em benefício da sociedade civil,

i) (...) promover a justiça social na dinâmica das relações econômicas, reduzindo as desigualdades sociais e assegurando iguais oportunidades a todos”; e “ii) garantir a realização adequada dos direitos à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, a assistência e à seguridade social.¹⁵⁵

Tais preceitos, além de corolário e instrumentos de garantia dos direitos sociais, emanam ainda da ideologia sufragada no preâmbulo¹⁵⁶ da Constituição Federal, cujo propósito foi reproduzido no seu art. 3º¹⁵⁷, que, ao traçar o rol dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, fez constar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades regionais.

Nessa ordem de ideias, se o propósito maior do Estado do Bem-Estar Social - ou *Welfare State* – é atuar positivamente com vistas a promover uma igualização de direitos e oportunidades, garantindo-se aos menos favorecidos condições mínimas de vida, por certo fazer com que os recursos disponíveis – que são escassos – beneficiem apenas a parte já privilegiada da população não atenderia a este propósito: antes, laboraria contra ele, acentuando as desigualdades.

Corroborando esta asserção, o entendimento sufragado pelo Tribunal Constitucional alemão no julgamento do paradigmático caso *numerus clausus* versando sobre o direito de acesso ao ensino superior (Sentença BVerfGE 33, 303):

[...] fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandado de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.¹⁵⁸

Daí se vê o alinhamento deste entendimento com o Princípio da Reserva do Possível.

Com efeito, conforme destaca Fabiana Kelbert,¹⁵⁹ o atendimento de prestações onerosas não

pode produzir um desequilíbrio no orçamento, que, em última análise, é da coletividade, e gerido pelo Estado para que, mediante ações positivas, possa garantir àqueles menos favorecidos o acesso aos direitos fundamentais de maneira igualitária. Daí por que, conforme destaca, a célebre decisão esposada na *Sentença BVerfGE 33, 303* consignou que algumas prestações estatais estariam sujeitas “àquilo que o indivíduo pode extrair da sociedade de forma razoável”, e não do Estado (destacou-se).¹⁶⁰

Ainda segundo a autora, outra consequência desta abordagem é que a concessão ou previsão de uma prestação onerosa – quer pelo Estado-Legislador, quer pelo Estado-Governo, quer (principalmente para fins deste trabalho) pelo Estado-Juiz - não pode se dar apenas do ponto de vista individual, sem considerar o todo, pois o “pensamento das prestações subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia de Estado Social.”¹⁶¹

Esta asserção reforça a ideia de “tragédia dos comuns”, apresentada neste estudo. Corrobora, ao alertar para a noção de que, em um ambiente de escassez dos recursos estatais, a concessão de uma prestação concretizadora de um direito, mesmo em demandas individuais, deve considerar o todo, ou seja, os efeitos desta decisão sobre a coletividade. Reforça, ao dar um alicerce jurídico, com base no Princípio da Isonomia Material que serve de fundamento e norte ao Estado Social, à argumentação estratégica e econômica desenvolvida pela Teoria dos Jogos.

Desta relação entre o Princípio da Reserva do Possível, a implementação dos direitos fundamentais, o Estado Social, o Princípio da Igualdade Material, e a Teoria dos Jogos, avulta a pertinência e a relevância, também, da invocação do Princípio da Subsidiariedade, que no âmbito do direito à saúde encontra previsão expressa no art. 2º, §2º, da Lei nº 8.080/90.

De fato, conforme se extrai da lição de Jörg Neuner,¹⁶² o Princípio da Subsidiariedade assegura simultaneamente um espaço de liberdade pessoal e fundamenta uma “primazia da autorresponsabilidade”, que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu sustento e o de sua família. Implica, assim, na exigência do efetivo exercício da autonomia e da cobrança de pelo menos uma corresponsabilidade pessoal do indivíduo, dentro de suas possibilidades pessoais, pela implementação dos direitos sociais próprios e os de sua família, distribuindo-se os encargos no âmbito da efetivação de padrões mínimos de justiça social entre o Estado e a Sociedade.¹⁶³

No mesmo sentido, as reflexões de Casalta Nabais:

[...] um estado baseado na liberdade e na correspondente responsabilidade individual, em que cabe, em primeira linha, a cada um, angariar os meios de sustento para si e para a sua família. O Estado apenas será chamado a intervir, através da realização de prestações sociais (monetárias ou em espécie), se e na medida em que o indivíduo, por quaisquer motivos, estruturais ou conjunturais, não esteja em condições de prover a esse mesmo sustento. (...) o que significa que somente relativamente àqueles cidadãos que não consigam atingir os mínimos existenciais dos referidos direitos sociais, o Estado tem o dever de atuar.¹⁶⁴

Eis por que Sarlet, ancorado nestas premissas, deixa aberta a possibilidade de se ponderar, em caso de demanda a prestações positivas, não apenas a essencialidade da prestação, mas a capacidade de obtê-la diretamente ou daqueles que compõem a sua família. Neste sentido, aponta o autor, em outra manifestação,¹⁶⁵ que não seria razoável exigir do Estado que preste assistência social a quem dispõe dos meios necessários e suficientes à sua subsistência.¹⁶⁶

Essa possibilidade de limitação do Princípio da Universalidade em relação àqueles que podem custear suas demandas de saúde – e que já alcançaram patamares consideráveis no usufruto deste direito – em prol da coletividade e das classes menos favorecidas decorre do caráter principiológico dos direitos fundamentais: uma vez que configuraram normas principiais, não são absolutos, podendo ser objeto de restrições.

Trata-se, pois, de um exercício de ponderação e limitação do direito constitucional à saúde daqueles que prescindem da atuação estatal, de modo a assegurar, em um ambiente de escassez, o conteúdo essencial do mesmo direito fundamental na esfera de terceiros e a própria manutenção e organização do sistema público de saúde; e sem o risco da ocorrência de ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: o *discrímen* utilizado, se por um lado contribui para a almejada eficiência alocativa dos recursos do Estado, por outro não implica ofensas ao mínimo existencial sanitário dos que estão excluídos da tutela judicial.

Conforme sugere Lima, a atuação jurisdicional passa a ser, então, direcionada à salvaguarda do mínimo existencial sanitário para aqueles que não as pode prover, e não para garantir a manutenção de confortável padrão de vida para aqueles

que podem arcar com os custos das suas demandas de saúde “sem qualquer problema.”¹⁶⁷

Daí a grande felicidade deste raciocínio: desenhar “uma *rationale* que possa garantir a entrega de prestações públicas sem ocasionar [ou até fomentar] a desigualdade em favor das classes já privilegiadas.”¹⁶⁸

A princípio restrita ao campo doutrinário e às reflexões no ambiente acadêmico, tais ideias começam a gradativamente ganhar espaço no âmbito jurisprudencial.

Pesquisa realizada aos 13/06/2012 na base de dados do sítio eletrônico do Conselho da Justiça Federal (<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>) acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, e dos cinco tribunais regionais federais é um elemento ilustrativo dessa asserção.

Com efeito, através de busca dos acórdãos que contenham em seu texto os termos “direito à saúde” e “hipossuficiência”, constatou-se que se até o ano de 2009 a hipossuficiência do postulante era utilizada apenas para reforçar – a guisa de *obiter dictum* – as decisões concessivas de prestações de saúde àqueles que não podiam custeá-la,¹⁶⁹ a partir de 2010 alguns julgados passaram a utilizar a hipossuficiência como um critério que, aliado a outros aspectos, tem valor decisivo para a concessão, ou não, da demanda de saúde pleiteada.

Os primeiros precedentes identificados neste sentido são o Agravo de Instrumento nº 200904000446856, DJ 29/3/2010, e a Apelação Cível nº 00067476720084047200, DJ 02/06/2010, respectivamente da Quarta e da Terceira Turmas do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. HIPOSSUFICIÊNCIA. LIMINARES. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. 1. A União Federal, Estados e Municípios são legítimos para as ações onde postulados medicamentos, indistintamente. 2. Melhor sorte não assiste à União no tocante à alegação de impossibilidade de concessão de liminares contra a Fazenda Pública. Da leitura dos textos legais referidos no art. 1º da Lei n. 9.494/97 (arts. 5º e 7º da Lei n. 4.348/64, art. 1º da Lei n. 5.021/66 e arts. 1º e 3º da Lei n. 8.437/92), depreende-se que a vedação de concessão de medidas liminares contra a Fazenda Pública se aplica apenas quando ocasione concessão de reclassificação, equiparação entre servidores, con-

cessão de aumentos, concessão ou extensão de vantagens. O pretense direito buscado na ação originária não contempla nenhuma destas hipóteses. 3. No que diz com a alegação de irreversibilidade da tutela deferida, vedada no art. 273, § 2º, do CPC, conquanto tal dispositivo busque, em última análise, garantir os direitos constitucionalmente consagrados à segurança jurídica e à intangibilidade patrimonial do jurisdicionado (in casu, dos réus), tal garantia deve ser mitigada, à luz do princípio da proporcionalidade, frente ao também constitucional direito à saúde dos acometidos por doença gravíssima (câncer, a cujo tratamento o remédio em tela se destina) e com sério risco de vida, sob pena de evidente inefetividade da jurisdição 4. O direito fundamental à saúde, constitucionalmente previsto, é garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. A assistência farmacêutica, um dos serviços prestados no âmbito da Saúde, possui a finalidade de garantir a todos o acesso aos medicamentos necessários, seja interferindo em preços ou fornecendo gratuitamente de acordo com as necessidades. 5. A atuação do Judiciário em matéria própria da Política Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica deve ser restrita a situações excepcionais e quando atendidos requisitos específicos. 6. Faz jus ao fornecimento gratuito de medicamento o paciente que, atendido no âmbito do Sistema Único de Saúde, comprova a necessidade de utilização de fármaco específico e demonstra sua hipossuficiência. 7. No caso dos autos, a parte agravada postula a dispensação gratuita do medicamento Trastuzumab (Herceptin) para tratamento de câncer de mama. Os documentos de fls. 29-33 provam que a demandante vem se tratando no Hospital Universitário de Santa Maria, que se trata de CACON, tendo o fármaco ora postulado sido receitado no âmbito da mesma Instituição. O relatório médico aí emitido dá conta da necessidade da droga e, inclusive, do risco de vida decorrente de sua não utilização 8. No que se refere à alegação da União, no sentido de que o medicamento pleiteado só é indicado para pacientes com carcinoma ductal invasor de mama que possuam hiper-expressão do gene Her2 ou a amplificação desse gene, não foi juntada qualquer prova nesse sentido nos autos instrumentais. 9. A hipossuficiência da recorri-

da, resta demonstrada pelos documentos de fls. 25 e 27-28.¹⁷⁰

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. EFEITOS. 1. No caso dos autos, a autora foi diagnosticada como portadora de Epidermólise Bolhosa Distrófica Congênita, sendo que sua família alega não ter condições financeiras para arcar com o alto custo do tratamento. A ação visa a garantir o fornecimento do referido medicamento à autora, que não tem condições financeiras de arcar com seu custo. Acham-se, nesse caso, em confronto dois absolutos jurídicos: o direito fundamental individual à vida saudável e o direito coletivo de a sociedade arcar com custos efetivamente necessários. A ponderação desses direitos exige a aplicabilidade do princípio da precaução, em prol da vida, a manter a r. sentença que julgou procedente a ação, quanto ao dever estatal de fornecimento da medicação necessária, constante ou não nas listas oficiais, a quem dela precise ou venha a necessitar. Cabe assentar prioridade oficial para a saúde pública, em especial a dos enfermos que necessitam de imediatas ações concretas. Submetidos os cidadãos brasileiros a uma carga tributária de mais de 45% de seus rendimentos, o mínimo que se espera lhes assegure o Estado é saúde e educação. Ainda que o custeio de tratamento de doenças onere os cofres públicos, tal ônus é inerente ao Estado dado caráter assistencial a ele incumbido, sendo fundamental de sua própria razão de existir, não podendo igualmente o Poder Judiciário fugir à sua responsabilidade de garantir tal direito dos cidadãos, segundo aponta o egrégio STF, verbis: "PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos

cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (STF, 2ª T, RE 271286 AgR/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/2009, p. 101) Quanto às condições do caso concreto, verifica-se que se trata de doença grave, já devidamente diagnosticada, inclusive com perícia médica realizada nestes autos confirmando a necessidade do tratamento, consoante bem asseverou o douto Representante do Ministério Público Federal, Dr. Carlos Eduardo Copetti Leite, verbis: Ademais, da análise do conjunto probatório, percebe-se que a perícia judicial (fls. 150), concluiu que a doença se manifesta pela extrema fragilidade da epiderme e da derme, com úlceras e erosões, inclusive ao longo do

epitélio digestivo. Tal situação ocasiona limitações funcionais, dificultando a alimentação e a digestão, cujas consequências apontadas foram muita perda de peso, dificuldade de desenvolvimento, anemia crônica, alteração do crescimento, e até perda de unhas e dentes. A perícia (fls. 150) também corroborou que o tratamento postulado, além de ser efetivamente o adequado (curativos porosos, ataduras, sabonete antiséptico, malha tubular, leite à base de aminoácidos), é o único possível, posto que inexistente alternativa terapêutica ou possibilidade de substituição de medicamentos ou insumos. Por fim, o perito consigna que a não realização do tratamento enseja infecções sistêmicas com risco de óbito, exarando, ao fim, a opinião técnica de que a situação da menina é "muito grave", com "qualidade de vida precária" e prognóstico "muito ruim". (fls. 237-verso) Vê-se, também, que a hipossuficiência da autora é indiscutível. Os direitos sociais foram criados para albergar as classes financeiramente menos favorecidas, que acabam, por isso, sofrendo uma série de outras exclusões, especialmente sociais. As demandas, assim, na área da saúde, passíveis de serem cumpridas por ordem do juiz, devem estabelecer a este critério: o de que somente aquele que não pode pagar, sem que haja sacrifício de bens e direitos que possam afetar a sua dignidade como pessoa humana, é que deve receber gratuitamente o bem ou serviço buscado. Agravo desprovido.¹⁷¹

Importante observar que restou expressamente destacado neste último precedente o entendimento de que como os direitos sociais surgiram para tutelar as classes financeiramente menos favorecidas – e que acabam, por isso, sofrendo uma série de outras exclusões, especialmente sociais – somente devem receber gratuitamente os bens ou serviços de saúde judicialmente pleiteados aqueles que não pode pagar sem que haja sacrifício de bens e direitos que possam afetar a sua dignidade como pessoa humana.¹⁷²

Foi ancorado nesta premissa que o acórdão proferido nos autos do AI nº 200904000446856 concedeu a demanda de saúde pleiteada pela agravante Vera Lucia Silva Ferreira, eis que efetivamente demonstrada nos autos, através de prova documental, a sua hipossuficiência.

Na trilha do mesmo entendimento segue o acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região nos autos da Apelação/Reexame Necessário nº 12222, DJ 28/10/2010:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PESSOA HIPOSSUFICIENTE. PÓS-OPERATÓRIO DE CIRURGIA BARIÁTRICA. SUPLEMENTOS PROTÉICOS E COMPLEXOS VITAMÍNICOS. TRATAMENTO NÃO INCLUÍDO NO PROGRAMA DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRELIMINARES REJEITADAS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. I. É obrigação do Estado, em sentido amplo, envolvendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, garantir às pessoas desprovidas de condições financeiras o direito ao recebimento de medicamentos e qualquer tratamento necessário à cura de suas enfermidades. II. É perfeitamente cabível ao MPF realizar a defesa do direito à saúde, especialmente no que tange às pessoas hipossuficientes, que não têm condição de adquirir remédios ou tratamentos médicos, por meio da ação civil pública, conforme já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça. III. Esta Corte tem entendido que, no tocante às providências a serem tomadas para o imediato fornecimento de medicamentos a pessoa necessitada, a responsabilidade é solidária entre os entes da Federação, sendo portanto, legítimos a União, Estado e Município. IV. Na hipótese em tela, diante da negativa de fornecimento de suplementos protéicos e complexos vitamínicos nos autos, à paciente Catharine Ramos Farias, a qual representava um grupo de portadores de obesidade mórbida que se submeteram à cirurgia bariátrica, sob o fundamento de que a medicação somente estaria disponível para crianças, foi proposta a ação civil pública, na qual se requereu que os demandados fornecessem, de forma solidária, gratuita e ininterruptamente, suplementos protéicos e o complexos vitamínicos àqueles que se submeteram à cirurgia bariátrica, listados à fl. 20, bem como a todos os demais pacientes neles residentes, desde que comprovem a necessidade de fazer uso do mencionado medicamento. V. O Ministério Público Federal juntou ao Procedimento Administrativo apensado aos autos documentos e receituários que comprovam que os pacientes se submeteram a cirurgia bariátrica pelo SUS e agora necessitam de suplementos protéicos e o complexos vitamínicos a fim de evitar carências nutricionais. VI. Ressalte-se que, quando da apreciação do agravo de ins-

trumento que atacou a concessão de liminar pelo MM. Juiz a quo, deixei registrado que deve ser demonstrada a hipossuficiência do paciente para o fornecimento da medicação, critério que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal e acolhido pelo magistrado, ao prolatar a sentença, que condicionou o fornecimento dos referidos medicamentos aos demais usuários do SUS em Sergipe à comprovação da necessidade, além da condição de hipossuficiente, ou seja, que não possam arcar financeiramente com a medicação (fl. 480). VII. Pela via da tutela coletiva, em especial através da ação civil pública, é possível imprimir maior efetividade às normas constitucionais que garantem o direito à saúde, de modo que não há que se falar em ingerência do Poder Judiciário no âmbito da Administração Pública. VIII. Presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada vez que o não fornecimento dos medicamentos pelos entes públicos poderá acarretar risco à saúde dos pacientes. IX. Constata-se, entretanto, que o magistrado de primeiro grau não precisou até quando deverão os medicamentos ser fornecidos aos pacientes indicados pelo parquet. Ainda que o medicamento se faça necessário ad aeternum é recomendado que seja realizado um acompanhamento por profissional habilitado, e cadastrado na rede pública, visando verificar a evolução do tratamento, sua eficácia, eventual necessidade de substituição ou mesmo alteração das dosagens, a fim de lhes garantir o tratamento adequado. Assim, faz-se necessário uma reavaliação médica semestral, que deverá ser apresentada ao ente público obrigado a fornecer o medicamento, para que o mesmo faça a análise e controle da adequação. X. Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas e apelação do Município de Aracaju improvida.¹⁷³

Seguindo a linha traçada nos precedentes do TRF da 4ª Região, firmou-se também aqui o entendimento de que “deve ser demonstrada a hipossuficiência do paciente para o fornecimento” dos suplementos proteicos e complexos vitamínicos utilizados no pós-operatório de cirurgia bariátrica, sendo condicionado “o fornecimento dos referidos medicamentos aos demais usuários do SUS em Sergipe à comprovação da necessidade, além da condição de hipossuficiente, ou seja, que não possam arcar financeiramente com a medicação.”¹⁷⁴¹⁷⁵

Neste mesmo sentido, matéria referente a um julgado monocrático proferido pelo Juiz federal Substituto da 1ª Vara Federal em Ourinhos/SP,

publicada em 2011 no campo de notícias do mesmo sítio eletrônico do CJF:

Medicamento pelo SUS somente com hipossuficiência comprovada

O juiz federal João Batista Machado, substituído da 1ª Vara Federal em Ourinhos/SP, julgou improcedente o pedido de um paciente portador de diabetes mellitus tipo 2, para receber gratuitamente os medicamentos Vidalgliptina (Galvus) e Pioglitazona (Actus) pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Apesar dos medicamentos não serem distribuídos pelo SUS (eles não figuram na lista do Ministério da Saúde ou das relações estadual e nacional de medicamentos), João Batista entendeu que o Estado deveria fornecê-los gratuitamente, desde que o paciente fosse hipossuficiente ou pertencesse à família extremamente pobre.

“Não restou demonstrada a hipossuficiência de R.C., ou seja, em meu sentir a família do paciente possuiria condições financeiras para arcar com o tratamento médico necessário”, afirma a decisão. Segundo informações dos autos, a renda familiar do paciente é de R\$ 3.750,00 e o tratamento mensal possui o custo de R\$ 400,00.

Perícia judicial comprovou que o paciente, hoje com 53 anos de idade, casado, com ensino superior completo (engenheiro elétrico com pós-graduação), apresenta a doença denominada diabetes mellitus tipo 2 e que os remédios solicitados são de suma importância.

“A saúde deve ser integralmente garantida pelo poder público, o qual deve possibilitar, inclusive àqueles portadores de moléstias graves, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar [...]. Entretanto, outro aspecto deve ser levado em consideração quando se trata de fornecimento gratuito de medicamento pelo Estado, a saber, o custo dos remédios frente a eventual hipossuficiência do beneficiado, ou de sua família”, afirma o juiz. (RAN).¹⁷⁶

Como se vê, tal critério tem ganhado cada vez mais espaço na arena de discussão das demandas de saúde, servindo como um elemento de racionalização da atuação judicial nas demandas de fornecimento de medicamentos e colaborando para a solução do problema da chamada “judicialização excessiva”¹⁷⁷ e desordenada no âmbito do SUS.

CONCLUSÃO

Decorridas mais de duas décadas desde que as primeiras decisões judiciais promoveram a efetivação do direito à saúde por intermédio de prestações materiais no Brasil, constata-se que, se, de uma parte, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde,¹⁷⁸ de outra maneira é indispensável que tal judicialização seja analisada sob a óptica da finitude dos recursos, da infinitude das demandas e do propósito maior de igualdade material que serve de fundamento e norteia a concretização dos direitos sociais.

À vista deste quadro, vê-se que não é mais possível tratar a questão como se a questão financeiro-orçamentária não fosse uma variável a considerar, afinal, conforme destaca Paulo Bonavides, “para fazer eficazes os direitos sociais, o Estado precisa de ministrar duas distintas formas de garantia: a garantia *jurídica* e a garantia *econômica*; a primeira de natureza formal, a segunda de natureza material.”¹⁷⁹

De fato, conforme destacam Holmes e Susteim, para assegurar os direitos que tenham como destinatário o Estado, precisa este criar fontes de receitas, sendo a principal delas a arrecadação tributária. Nesse sentido, o financiamento dos direitos fundamentais por meio de receitas fiscais ajuda a ver-se claramente que os direitos são bens públicos: contribuintes financiadores e governo da gestão dos serviços sociais destinados a melhorar o bem-estar coletivo e individual.¹⁸⁰

Sendo tais recursos, por sua vez, ontologicamente limitados, vê-se que as decisões judiciais na área da saúde não podem se reduzir a um critério geral e absoluto, tanto simples quanto insuficiente: se está na Constituição é para ser cumprido. Esta formulação, justamente pela sua generalidade e pelo seu caráter absoluto, não se presta a resolver de maneira completa e satisfatória a questão nuclear da concretização do direito constitucional à saúde, pois desconsidera o fato de que a efetivação indiscriminada de um direito prestacional para todas as pessoas, em qualquer situação, pode tornar impossível a concretização de seu núcleo essencial.

Considerada a realidade que é a escassez, avulta, então, a necessidade de que o aplicador da norma seja levado à consciência de que o ato de escolha para fazer valer um direito, como todas as escolhas, tem um custo: “quando um direito é tornado efetivo, outros bens valiosos, inclusive direitos, são postos à margem, pois os recursos

consumidos para dar eficácia àquele direito são escassos.¹⁸¹

Assim, conforme destaca o Ministro Gilmar Mendes,

[...] em alguns casos, satisfazer necessidades individuais das pessoas portadoras de doenças graves e que precisam de tratamentos específicos resulta, indiretamente, no sacrifício do direito de muitos outros cidadãos igualmente dependentes do sistema público de saúde.¹⁸²

Sob tal circunstância, é imperioso buscar uma posição equilibrada, com amparo na qual seja possível analisar todas as implicações das decisões judiciais – sob o ponto de vista jurídico, médico, farmacêutico, administrativo, mas também econômico, financeiro e orçamentário – de modo a “não se criar uma inversão cruel em razão da escassez,¹⁸³ garantindo-se mais direitos a quem tem mais chances de pleiteá-los no Judiciário, restando aos menos favorecidos se contentar com as prestações remanescentes que os recursos do Estado puderem oferecer.

Importante instrumento para o alcance deste desiderato são os parâmetros estabelecidos pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, processada perante o Supremo Tribunal Federal.

Delineados com encosto nas reflexões promovidas pelos diversos profissionais que participaram da Audiência Pública de Saúde, tal modelo representa uma abrangente avaliação dos diversos aspectos jurídicos, médicos, farmacêuticos e administrativos envolvidos na complexa questão das ações de fornecimento de medicamentos, configu-

rando, assim, um dos mais valiosos instrumentos de que se pode valer o julgador na apreciação destas demandas.

Ocorre que, apesar da amplitude de tal modelo, esta abordagem não privilegia, dentre os parâmetros de aferição judicial, um critério que se preste a avaliar e equacionar a questão da escassez inerente aos recursos orçamentários.

Com vistas a suprir tal lacuna, o critério da “comprovação de hipossuficiência” representa um importante parâmetro alocativo para a atuação judicial nas demandas de fornecimento de medicamento.

Calcado na ideia de igualdade real que serve de fundamento aos direitos sociais, trata-se de um critério que limita o Princípio da Universalidade mediante uma ponderação que válida e adequadamente prestigia, em um ambiente de escassez, o conteúdo essencial do direito à saúde na esfera daqueles que de fato necessitam da atuação estatal.

Mesmo considerando que a judicialização da saúde é matéria bastante complexa e está longe de encontrar solução aprioristicamente definitiva, acredita-se que este modelo apresenta importante contribuição para a racionalização da atuação do Poder Judiciário no campo das demandas de fornecimento de medicamentos, direcionando a sua atuação para a efetivação do mandamento nuclear da vontade Constitucional, mas evitando que um alargamento *ad infinitum* do âmbito de proteção da norma provoque uma desorganização do Sistema Único de Saúde a ponto de fazer com que seus limitados recursos deixem de estar a serviço daqueles que de fato necessitam da atuação estatal e da própria manutenção da saúde coletiva.

NOTAS

1. SANT'ANA, João Maurício Brambati; PEPE, Vera Lúcia Edais, OSORIO-DE CASTRO, Claudia Garcia Serpa, VENTURA, Miriam. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. *Rev Panam Salud Publica*. 2011;29(2):138-44. ORDACGY, André da Silva. *A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão*, 2007. Disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf Acesso em 17/03/2010.
2. Expressão inspirada em MAIA, Antonio Cavalcanti. In *Jürgen Habermas: Filósofo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 27.
3. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jusnavigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547> Acesso em: 04 nov. 2010.
4. *Ibidem*.
5. BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
6. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, p. jan. 2002b, p. 8-9. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 ago. 2010.
7. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.25, n.55, pp. 29-74, 2002.
8. SCHEFFER, Mario (Org.) *Programa Nacional de DST e Sida: o remédio via justiça um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005 Série Legislação, n.3, p. 17 ss.
9. MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 21(2):525-534, mar-abr, 2005. Disponível em: Disponível em <<http://www.scieloso.org>>. Acesso em 05 dez. 2009.
10. MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. ob. cit.
11. *Ibidem*.
12. SOUZA, Antonio Fernando Barros e Silva de. In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública – Saúde*. Brasília, 2009. p. 35.
13. *E.g.*, CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antonio Carlos C. In BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião (Org). *Direito à Vida e à Saúde*. Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 33. MACHADO, Felipe Rangel de Sousa. Contribuições ao Debate da Judicialização da Saúde no Brasil. *Revista de Direito Santário*, São Paulo, v. 9, nº 2, pp. 73-91, jul./out. 2008. GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 370, pp. 103-134, 2003.
14. *E.g.*, BARROSO, Luís Roberto (Org.). Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, *Revista Interesse Público*, 46/31, 2007; *Revista da Procuradoria-Geral do Estado RS*, 66/ 89-114, 2007; *Revista Jurídica UNIJUS*, 15/11, 2008; *Seleções Jurídicas Advocacia Dinâmica*, fev/02, 2008; *Revista de Direito Social*, 34/11, abr- jun 2009.
15. Neste sentido, Miriam Ventura, Luciana Simas, Vera Lúcia Edais Pepe, e Fermin Roland Schramm: "As demandas judiciais não podem ser consideradas como principal instrumento deliberativo na gestão da assistência farmacêutica no SUS, mas admitidas como um elemento importante na tomada de decisão dos gestores e, muitas vezes, na melhoria do acesso aos medicamentos no âmbito do SUS". (*In* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*. UERJ. v. 20, pp. 77-100, 2010).
16. MENDES, Gilmar Ferreira. In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ob.cit, p. 35.
17. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10ª ed., São Paulo: Elsevier/Campus, 2004, p. 5.

18. LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto *apud* RAMOS, Elisa Maria Rudge. *Evolução histórica os direitos sociais*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 19 de dezembro de 2008.
19. Assim, conforme assinala Bobbio, os direitos de liberdade – os quais ele qualifica como direitos de primeira geração - decorrem das lutas contra os malefícios do poder, consubstanciadas em um não-agir do Estado. Já os direitos sociais - também chamados de direito de segunda geração – nasceram da necessidade de obter os benefícios deste mesmo poder, demandando, assim, uma atuação positiva do Estado (BOBBIO, Norberto. *ob. cit.*, p. 6).
20. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 335.
21. HERRERA, Carlos Miguel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais*. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14.
22. BOBBIO, Norberto, *ob. cit.*, p. 6.
23. GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos Fundamentais Sociais*. Releitura de uma Constituição Dirigente. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 38.
24. BOBBIO, Norberto. *ob. cit.*, p. 6.
25. Segundo Cláudia Maria da Costa Gonçalves, tinha-se, pois, uma liberdade paradoxalmente limitada pela ordem capitalista, fazendo com que o Estado exercesse um papel fundamental no que tange à segurança das relações econômicas, atendendo por completo as aspirações do *laissez-faire*. (*ob. cit.*, p. 42).
26. GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, *ob. cit.*, p. 45.
27. *Ibidem*, p. 44.
28. *Ibidem*, p. 45.
29. DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 327-334, ago. 1988. Disponível em: <http://www.scielosp.org.br>. Acesso em 10 set. 2011.
30. GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, *ob. cit.*, p. 46.
31. DHNET. *A história dos direitos humanos no mundo*. <http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>. Acesso em 15/08/2011.
32. Elisa Maria Rudge. *Evolução histórica os direitos sociais*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 19 de dezembro de 2008.
33. HERRERA, Carlos Miguel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais*. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15.
34. Segundo Carlos Miguel Herrera, a importância social da Constituição Mexicana de 1917 se concentra em três artigos: 5º, 27 e 123. O artigo 5º, incluído na parte dogmática das garantias individuais – e que fora apresentado pelos constituintes como um “direito à vida completa” – prevê a proteção do Estado nas relações de trabalho e o princípio do contrato de trabalho. O artigo 27, considerado como o mais importante da Constituição, dada a estrutura agrária do México, enuncia o princípio da limitação da propriedade privada pelo interesse público, consagrando sobretudo os princípios de expropriação e da reforma agrária. O artigo 123, por sua vez, condensa os direitos relativos ao trabalho e à sua proteção. (HERRERA, Carlos Miguel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais*. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14).
35. Consoante Elisa Maria Rudge Ramos, o Título V da Constituição de Weimar, que trata da Ordem Econômica, reservou os artigos 157 e seguintes aos direitos trabalhistas e de seguridade social, consagrando-os como direitos fundamentais. Destaca-se, ainda, o artigo 163, que reconhece o direito à assistência social, incumbindo o Estado de prover a subsistência do cidadão alemão, caso não lhe possa proporcionar a oportunidade de ganhar a vida com trabalho produtivo (RAMOS, Elisa Maria Rudge. *Evolução histórica os direitos sociais*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 19 de dezembro de 2008).
36. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.
37. LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 44.
38. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 101.

39. *Ibidem*.
40. LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005.
41. GONÇALVES, Marcos Peixoto Mello. *Pluralismo Organizado - uma nova visão do Direito Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2002. p. 102.
42. E, do mesmo modo, assim como Adam Smith priorizou a liberdade e Karl Marx a autocracia, John Maynard Keynes “forneceu os fundamentos teóricos para o chamado Estado do Bem-Estar” defendendo a “atuação estatal para cuidar daquilo que só a autoridade social pode cuidar e que são resultantes dos grandes fluxos econômicos, os chamados agregados, inventando assim a Macroeconomia.” (GONÇALVES, Marcos Peixoto Mello, *ob. cit.*, pp. 100-103).
43. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, p. jan. 2002b, p. 8-9. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 ago. 2010.
44. “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
45. “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (...) Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (...) Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (...) 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. (...) Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. (...) Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento; II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento; III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional; IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional. (...)”. (*Ibidem*).
46. “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: (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (...)”. (*Ibidem*).
47. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175*. Recorrente: União. Recorrido: Clarice Abreu de Castro Neves. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 28/09/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.

48. Ibidem.
49. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público*, 46/31, 2007; *Revista da Procuradoria-Geral do Estado RS*, 66/ 89-114, 2007; *Revista Jurídica UNIJUS*, 15/11, 2008; *Seleções Jurídicas Advocacia Dinâmica*, fev/02, 2008; *Revista de Direito Social*, 34/11, abr-jun 2009.
50. SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 147.
51. BARROSO, Luís Roberto. ob.cit.
52. Ibidem.
53. A OMS definiu a saúde como um “completo estado de bem-estar físico, mental e social, não consistindo somente na ausência de doença ou enfermidade”. Este conceito alargou a noção de saúde, por superar o enfoque estritamente negativo da “ausência de enfermidades” e propugnar o aspecto positivo da obtenção do “estado de completo bem-estar físico, mental e social”. Com isso, a OMS teria retomou a ideia de qualidade de vida: “uma saúde efetivamente palpável, e não mais tão-somente preventiva (SANTOS, Lenir (Org.). ob. cit., pp. 28-29).
54. SANTOS, Lenir (Org.). ob. cit., pp. 28-29.
55. SARLET, Ingo Wolfgang apud FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 82.
56. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)”. (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
57. “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: (...)”. (Ibidem).
58. O direito à saúde comunga, ainda, na Ordem Jurídico-Constitucional pátria, uma fundamentalidade formal, que decorre do direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: “a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia axiológica; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (“cláusulas pétreas”) da reforma constitucional, embora tal condição ainda encontre resistência por parte da doutrina; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o § 1º do artigo 5º da CF, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata as entidades estatais e os particulares – comando que alcança outros dispositivos de tutela da saúde, por força da cláusula inclusiva constante do § 2º do mesmo artigo 5º da CF”. (SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, p. jan. 2002b, pp. 8-9. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 ago. 2011. p. 2).
59. Ibidem.
60. SANTOS, Lenir (Org.). ob. cit., p. 24.
61. Para a sua efetivação, há, pois, na expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (CANARIS, Claus-Wilhelm apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175*. Recorrente: União. Recorrido: Clarice Abreu de Castro Neves. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 28/09/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009).
62. SARLET, Ingo Wolfgang apud FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 88.
63. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Ordem Constitucional brasileira. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.25, n.55, pp. 29-74, 2002.

64. *Apud* FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. ob. cit., p. 89.
65. DALLARI, Sueli *apud* FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. ob. cit., p. 89.
66. *Ibidem*.
67. "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." (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
68. SANTOS, Lenir (Org.). ob. cit., pp. 30-32.
69. *Ibidem*.
70. Para Lenir Santos, estas medidas compensatórias são um meio de garantir a dignidade de vida, nunca o seu fim, o qual deve ser sempre a redução das desigualdades sociais e o desenvolvimento econômico do País. (SANTOS, Lenir (Org.). ob.cit., pp. 35-36).
71. BRASIL. Palácio do Planalto. Abertura da Reunião de Alto Nível sobre Doenças Crônicas Não-Transmissíveis. Brasília. Disponível em < <http://blog.planalto.gov.br/ao-vivo-abertura-da-reuniao-de-alto-nivel-sobre-doencas-cronicas-nao-transmissiveis/>>. Acesso em 19 set. 2011.
72. TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A constituição dirigente e o direito regulatório do estado social: o Direito Sanitário. In BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Direito sanitário e saúde pública*. Vol. 1: Coletânea de textos. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 29.
73. "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: (...)§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (...)". (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
74. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, Ed. RT, 1968; 6ª ed., 3ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2004. p. 73.
75. SILVA, José Afonso, ob. cit., p 157-158.
76. Ementa: "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECIVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PRÓPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO A SAÚDE - PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIÁRIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS - EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETÁ-LAS ATRAVES DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICÁCIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TEM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, "OU NÃO DISPÕEM DE EFICÁCIA PLENA", POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDENCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR.
- NA REGRA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE "TODOS TEM DIREITO E O ESTADO O DEVER" - DEVER DE SAÚDE - COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, "NA REALIDADE TODOS NÃO TÊM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, Oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes". NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO, A NENHUM ORGÃO OU AUTORIDADE É PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPAN-

- TE". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564. Recorrente: Francis Piccoli Pedroso. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, DJ 17/06/1996. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009).
77. "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
78. CRETELLA JUNIOR, Jose. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1988, p. 884.
79. CRETELLA JUNIOR, ob. cit., p. 884.
80. FERREIRA, Pinto *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564. Recorrente: Francis Piccoli Pedroso. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, DJ 17/06/1996. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.
81. SCHEFFER, Mario (Org.) *Programa Nacional de DST e Sida: o remédio via justiça; um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005 Série Legislação, n.3, pp. 17 ss.
82. MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 21(2):525-534, mar-abr, 2005. Disponível em: Disponível em <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.
83. SCHEFFER, Mario (Org.) *Programa Nacional de DST e Sida: o remédio via justiça; um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005 Série Legislação, n.3, pp. 17 ss.
84. LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005. Destaca o autor que antes de a matéria chegar ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Governo Federal, pressionado pelo crescente número de ordens, sancionou a Lei nº 9.313/96, obrigando expressamente o Poder Público, em suas esferas de atuação (municipal, estadual, distrital e federal), a prestar assistência farmacêutica e médico-hospitalar aos portadores do vírus HIV.
85. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) O direito fundamental à saúde segundo Supremo Tribunal Federal. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 635.
86. Ementa: "ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados. Recurso não conhecido." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 242859. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rute Regina Serisol Nunes. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DJ 17/09/1999. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009).
87. Neste sentido: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). ob. cit., pp. 636-638. LIMA, George Marmelstein, ob. cit.
88. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271286. Recorrente: Município de Porto Alegre. Recorrido: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 24/11/2000. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 ago. 2011.
89. Neste sentido, a ementa: "PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONS-

TITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada

têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade". (Ibidem).

90. Ibidem.
91. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175*. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: Luiz Marcelo Dias e outros. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 02/02/2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 ago. 2011.
92. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175*. Recorrente: União. Recorrido: Clarice Abreu de Castro Neves. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 28/09/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.
93. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 368564*. Recorrente: União. Recorrido: Maria Euridice de Lima Casale. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 10/08/2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.
94. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175*. Recorrente: União. Recorrido: Clarice Abreu de Castro Neves. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 28/09/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.
95. Ibidem.
96. SANT'ANA, João Maurício Brambati; PEPE, Vera Lúcia Edais, OSORIO-DE CASTRO, Claudia Garcia Serpa, VENTURA, Mirian. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. *Rev Panam Salud Publica*. 2011;29(2):138-44.
97. Ibidem.
98. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público*, 46/31, 2007; *Revista da Procuradoria-Geral do Estado RS*, 66/ 89-114, 2007; *Revista Jurídica UNIJUS*, 15/11, 2008; *Seleções Jurídicas Advocacia Dinâmica*, fev/02, 2008; *Revista de Direito Social*, 34/11, abr-jun 2009.
99. Ibidem.
100. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Brasil tem mais de 240 mil processos na área de*

- Saúde. Disponível em: <<http://www.http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096:brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 10 ago. 2011.
101. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório atualizado da Resolução 107*. Disponível em: <<http://www.http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 10 ago. 2011
102. MENDES, Gilmar Ferreira. In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública – Saúde*. Brasília, 2009. p. 31.
103. AMARAL, Gustavo in NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias de (Org). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Forum: Belo Horizonte, 2011, pp. 93-94.
104. MOURA, Eduardo Oliveira Decat. *Parecer: a assistência farmacêutica do sistema único de saúde*. Revista da AGU. Ano VIII – Número 19, Jan./Mar. 2009, p. 335.
105. BASSETTE, Fernanda. Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5.000% em 6 anos. *O Estado de S. Paulo*, 28 abr. 2011. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,gasto-do-governo-com-remedios-via-acao-judicial-cresce-5000-em-6-anos,711740,0.htm>. Acesso em: 28 ago. 2011.
106. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 219/07. Justificativa. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2011.
107. Na parte que concerne ao tema tratado, assim dispõe a aludida lei: “Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em: I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado. (...) Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada: I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite; III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.”. (BRASIL. Lei nº 12.401, de 29 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 set. 2010).
108. “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: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)” (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
109. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1102457*. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Kleber do Rego Machado. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, DJ 29/05/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.
110. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação 31, de 30 de março de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 10 ago. 2011.
111. Ibidem.
112. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). ob. cit. p. 641.
113. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175*. Recorrente: União. Recorrido: Clarice Abreu de Castro Neves. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 28/09/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.
114. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista*

- Interesse Público*, 46/31, 2007; *Revista da Procuradoria- Geral do Estado RS*, 66/ 89-114, 2007; *Revista Jurídica UNIJUS*, 15/11, 2008; *Seleções Jurídicas Advocacia Dinâmica*, fev/ 02, 2008; *Revista de Direito Social*, 34/11, abr- jun 2009.
115. PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2006.p. 161-162. No seu artigo “Zur Theorie der Gesellschaftspiele”, publicado em 1928, desenvolveu-se o conceito de interdependência estratégica, e com a sua obra “Teoria dos Jogos e comportamento econômico”, publicada em 1944, com Oskar Morgenstern, deu-se *status* acadêmico à teoria.
116. PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo, ob. cit., p. 172-173; COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito & Economia*, 5. ed., Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 56-59; e FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2009, p. 112.
117. FIANI, Ronaldo. ob. cit., pp. 110-111.
118. HARDIN, Garret, *Tragedy of Commons*, 1968, *Science*, n.162, pp. 1243-48, 1968.
119. Ibidem.
120. Ibidem.
121. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 18.
122. HABERMAS, Jürgen. “Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso”. In. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 86. Em seu princípio de universalização “U” (*Universalierungsgrundsatz*), Habermas estabelece que “Toda norma válida deve satisfazer à condição [de] que as consequências e efeitos colaterais que (previsivelmente) resultarem, para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, do fato de ela ser universalmente seguida, possam ser aceitas por todos os concernidos (e preferidos a todas as consequências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem)”.
123. AMARAL, Gustavo. ob. cit., pp. 80-81.
- 124 . Ibidem.
125. AMARAL, Gustavo in NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias de (Org). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Forum: Belo Horizonte, 2011, p. 96.
126. AMARAL, Gustavo in NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias de (Org). ob. cit., p. 82.
127. WANG, Daniel Wei L. *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 131.
128. BARCELLOS, Ana Paula de. ob. cit, p. 806.
129. Ibidem. Segundo Ana Paula de Barcellos, alguns dados estatísticos sobre mortalidade infantil e materna podem ser encontrados no site: <tabnet.datasus.gov.br/CGI/idb2005/matriz.htm>.
130. SANTO, Augusto Hasiak. Causas mal definidas de mortes e óbitos sem assistência. Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP. *Rev Assoc Med Bras* 2008; 54(1): 23-8.
- 131 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000, p. 94.
132. CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. New York, 1978.
133. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 219/07. *Justificativa*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2011.
134. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 56-57.
135. Conforme destaca Lenir Santos, “No Brasil, em relação à saúde, não esgotamos ainda o que pode ser feito para a população, a comunidade, as pessoas”. Segundo ela, “O ciclo ainda não está completo, o patamar de investimentos ainda não se exauriu”. (SANTOS, Lenir. ob. cit., 56).
136. AMARAL, Gustavo. ob. cit. p. 17.
137. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. ob. cit., p.44. No original: “Taking rights seriously means taking scarcity seriously.”

138. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42.
139. SANTOS, Lenir (Org.). *ob. cit.*, p. 20.
140. SANTOS, Lenir (Org.). *ob. cit.*, pp. 168-169.
141. AZEM, Guilherme Beux Nassif. *ob. cit.*, p. 17.
142. *Ibidem*.
143. *Ibidem*.
144. AZEM, Guilherme Beux Nassif. *ob. cit.*, p. 19.
145. *Ibidem*.
146. *Apud* AZEM, Guilherme Beux Nassif. In DE ASSIS, Araken (Coord.). *Direito à Saúde e comprovação da hipossuficiência*. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 19.
147. O que não se admite, conforme o autor, “é a presunção de hipossuficiência por simples afirmação da parte”, nem “qualquer interpretação que transfira ao réu a incumbência de infirmar mera alegação de necessidade”: tal comprovação, segundo ele, é um ônus incidente sobre o demandante por força do art. 333, I, do Código de Processo Civil, já que se trata de um fato constitutivo do direito alegado (*Ibidem*).
148. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 219.
149. “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.” (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
150. LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005.
151. *Ibidem*.
152. MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, n. 1, p. 200, out./dez. 1992.
153. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005. p. 286.
154. ARAUJO, Sergio Luiz Souza. O preâmbulo da constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 36, n.143, jul/set., 1999, pp. 6-7
155. DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado Social e princípio da solidariedade. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, n.3, pp. 31-48, jul./dez. 2008.
156. “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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”. (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
157. “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”. (*Ibidem*).
158. KELBERT, Fabiana Okchstein, *ob. cit.*, p. 88.
159. KELBERT, Fabiana Okchstein, *ob. cit.*, p. 88.
160. KELBERT, Fabiana Okchstein, *ob. cit.*, pp. 88-89.
161. MARTINS, Leonardo e SCHWABE, Jürgen (orgs.). *apud* KELBERT, Fabiana Okchstein, *ob. cit.*, pp. 88-89.
162. J. NEUNER *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *ob. cit.*, p. 35. No mesmo sentido, Canotilho defende a responsabilização da comunidade pela efetivação dos direitos sociais, e não mais

- somente pelo Estado. Assevera ele que, nos dias atuais, há um deslocamento das discussões do campo dos direitos para o terreno dos deveres fundamentais, dada “a necessidade de se ultrapassar a euforia do individualismo de direitos fundamentais e de se radicar uma comunidade de responsabilidade de cidadãos e entes públicos perante os problemas ecológicos e ambientais”. A denominada *shared responsibility*, ou seja, a responsabilidade de todas as forças sociais, “aponta precisamente para a descoberta de critérios de delimitação desta responsabilidade que não ponham em causa, apesar de tudo, a dimensão subjectiva dos direitos”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 178).
163. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). ob. cit., p. 35.
164. NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 491-492.
165. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). ob. cit., p. 29.
166. Ibidem; SARLET, Ingo Wolfgang *apud* AMARAL, Gustavo *in* NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias de (Org). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Forum: Belo Horizonte, 2011, p. 84.
167. LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará, 2005.
168. TORRES, Ricardo Lobo. In *Prefácio* da obra *Direito Escassez e Escolhas*. Gustavo Amaral, p. xix.
169. Neste sentido: STJ - RESP 837591, DJ 11/09/2006; TRF 1ª Região - AGA 200701000100451, DJ 09/08/2007; TRF 2ª Região - AC 190578, DJ 22/03/2002; TRF 3ª Região - APELREEX 1356777, DJ 02/09/2011, APELREE 699711, DJ 18/04/2011, AC 1462873, DJ 23/08/2010, AC 1394244, DJ 09/08/2010, AC 1446057, DJ 09/08/2010, AC 1443779, DJ 26/07/2010, AMS 321961, DJ 19/07/2010, AC 1477812, DJ 19/07/2010, AC 1386137, DJ 18/08/2009, AC 1177761, DJ 23/05/2007, AC 966666, DJ 22/03/2006; TRF 5ª Região, AG 102419, DJ 15/04/2010.
170. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.044685-6/RS. Recorrente: União Federal. Recorrida: Vera Lucia Silva Ferreira. Relatora: Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. DJ 29/03/2010. Disponível em <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em 13 jun. 2012).
171. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo em Apelação Cível nº 0006747-67.2008.404.7200/SC. Recorrente: União Federal. Recorrida: Maria Sens Novato. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. DJ 02/06/2010. Disponível em <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em 13 jun. 2012).
172. Ibidem.
173. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 12222. Recorrentes: União Federal e Município de Aracaju. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Des. Federal Margarida cantarelli. DJ 28/10/2010. Disponível em <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em 13 jun. 2012).
174. Ibidem.
175. No âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim como do Tribunal Regional Federal da 3ª Região há, ainda, julgados que conquanto reconheçam a hipossuficiência como critério indispensável para a concessão de demandas de saúde, entendem que tal situação é presumida, sendo ônus do réu desconstituí-la. Trata-se do acórdão proferido nos autos da Medida Cautelar nº 4004(DJ 18/02/2011) pela Turma C do Judiciário em Dia do TRF 3ª Região, bem como daqueles exarados nos autos da Apelação / Reexame Necessário - 13391/03 (DJ: 09/06/2011) e do Agravo de Instrumento nº 10379 (DJ: 10/9/2010), respectivamente, pelas Quarta e Primeira Turmas do TRF 5ª Região.
176. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/outras-noticias/2011/outubro/medicamento-pelo-sus- apenas-com-hipossuficiencia-comprovada>. Acesso em: 10 dez. 2011.
177. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público*, 46/31, 2007; *Revista da Procuradoria- Geral do Estado RS*, 66/ 89-114, 2007; *Revista Jurídica UNIJUS*, 15/11, 2008; *Seleções Jurídicas Advocacia Dinâmica*, fev/ 02, 2008; *Revista de Direito Social*, 34/11, abr- jun 2009.

178. MENDES, Gilmar Ferreira. In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública – Saúde*. Brasília, 2009, p. 31.
179. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 644.
180. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000, p. 94.
181. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 56-57.
182. MENDES, Gilmar Ferreira. In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ob.cit*, p. 35.
183. SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 33.

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL DESAFÍO DE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

• • • • •
Gonzalo Aguilar Cavallo

Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España); Magister en Relaciones Internacionales (España); Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia); Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania); Profesor de Derecho de la Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile.

“Whenever justice is inaccessible, the result is injustice.”¹

INTRODUCCIÓN

En América Latina,² el problema actual más acuciante es la brecha de implementación y el goce efectivo de los derechos humanos para todos los individuos, comunidades y pueblos, sin discriminación alguna.³ La paradoja es que América Latina es una de las regiones en el mundo que presenta una de las tasas más altas de ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos.⁴ La ausencia de medidas políticas, legislativas y administrativas concretas para la satisfacción y el goce efectivo de derechos se hace especialmente patente en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, los DESC).⁵

La problemática general del presente artículo consiste en examinar si los derechos económicos, sociales y culturales son justiciables en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Para responder a esta pregunta tomamos como ejemplo la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH). ¿En los casos planteados ante la CIDH, los DESC han sido justiciables? La respuesta que se aporte a esta interrogante es relevante ya que si bien en el caso de la CIDH se trata de una justiciabilidad internacional, los argumentos que se aporten a favor o en contra tenderán a ser equivalentes a nivel nacional. De manera que, un reconocimiento por parte de la CIDH acerca de la justiciabilidad de los DESC constituye un indicio poderoso de la efectiva justiciabilidad de estos DESC en el orden interno.

En este contexto, nos parece relevante destacar los desarrollos que los derechos sociales en sentido lato han experimentado en el ámbito interamericano, especialmente ante la CIDH, con el fin de contribuir a proporcionar una respuesta a la pregunta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En este artículo hemos preferido concentrarnos en el examen de la labor de la CIDH y no de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) porque generalmente las enseñanzas de la CIDH son poco estudiadas y, sin embargo, pueden servir de guía valiosa para los peticionarios y, al mismo tiempo, para los Estados, orientándolos acerca del estándar mínimo en materia de DESC que se desprende de los instrumentos interamericanos de derechos humanos.

Se apunta a dilucidar la cuestión de la justiciabilidad de los DESC y mostrar que estos derechos humanos, al menos al nivel internacional, sí son exigibles, invocables y reivindicables. Únicamente se pretende exponer el tratamiento que la CIDH ha hecho de los DESC y desprender de allí algunos principios básicos que podrían colaborar en la tarea de los jueces nacionales para enfrentar eventuales casos de violación de los DESC. La principal enseñanza es que la CIDH no se ha negado a conocer de peticiones relacionadas con DESC, ha declarado admisibles peticiones fundadas en violación de DESC y ha emitido informes finales que contienen recomendaciones para el Estado en el ámbito de los DESC. Esto último demostraría que, en el ámbito regional al me-

nos, no existiría un problema de exigibilidad ni muchos menos de juridicidad de los DESC. Esto último puede constituir un poderoso mensaje, y tal vez aliciente para los jueces nacionales. Junto con este eje temático transversal, se examinará la doctrina de la CIDH particularmente respecto del derecho a huelga, a la pensión como parte de la seguridad social y a la salud. Este trabajo no examina el tratamiento de los DESC por los jueces nacionales, salvo cuando se utilice como recurso dentro de la argumentación.

A los efectos de este artículo, entenderemos que un derecho es justiciable cuando un individuo o un grupo (como un pueblo indígena) tenga la facultad de demandar o de exigir el cumplimiento de dicho derecho ante un órgano jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional ya sea nacional o internacional, que sea independiente del titular de las obligaciones. En consecuencia, en este orden de cosas, a nivel internacional, se consideraran justiciables aquellos derechos respecto de los cuales los individuos, grupos o pueblos tengan la facultad de presentar recursos, quejas, comunicaciones, o peticiones ante comisiones, comités o cortes internacionales encargados de supervisar el respeto, protección y garantía de los derechos humanos por parte de los Estados. Además, se utilizara el concepto de derechos sociales comprendiendo en él, el conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, aun cuando, intentaremos concentrarnos en los derechos sociales propiamente tales, tales como el derecho a huelga, el derecho a la pensión en el ámbito más amplio de la seguridad social, y el derecho a la salud.

Este trabajo corresponde a un breve estudio metodológico casuístico donde se han seleccionado algunos casos relevantes presentados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y vinculados con los derechos económicos, sociales y culturales, con el fin de extraer los principios y criterios básicos que, respecto de estos derechos, la CIDH ha desarrollado. La selección de casos se ha concentrado en temas de derecho a la salud, a la pensión y a la huelga y de acceso a la justicia en materia de DESC, e intentando mostrar diversidad en los países bajo la competencia de la Comisión.

En este artículo efectuaremos, primeramente, un examen general acerca de la competencia *ratione materiae* de la CIDH en el ámbito de los derechos sociales y la justiciabilidad y posibilidad de realización efectiva de los DESC por un tribunal (I). En una segunda parte, examinaremos brevemente el uso de las enseñanzas en materia de DESC provenientes de otros órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales (II). Luego, abor-

daremos algunos principios y criterios jurídicos generales relativos a los DESC reconocidos y desarrollados por la CIDH y que podrían servir de inspiración, guía y orientación al juez nacional, constitucional u ordinario (III). Finalmente, analizaremos las enseñanzas de la CIDH sobre el sentido y alcance de diversos derechos sociales (IV).

I. LOS DESC EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos existen limitaciones a la justiciabilidad de los DESC en el sentido de la escasez de las fuentes formales y de la competencia reconocida por los Estados a los órganos de protección del sistema interamericano en esta materia. En este sentido, la pregunta de extensión de la justiciabilidad de los DESC no se plantea de la misma manera respecto de la CIDH que respecto de la Corte IDH. Como se verá, la CIDH se encuentra en una situación más beneficiosa, ya que tiene más posibilidades de pronunciarse frente a violaciones de los DESC que la Corte IDH. En último término, el problema más grave para la justiciabilidad de los DESC es la falta de un mecanismo adecuado y la falta de regulación para un apropiado acceso a la justicia.

1. Las fuentes formales y la competencia de la CIDH

El sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos es un sistema que se compone de dos órganos, por un lado, la CIDH y, por otro, la Corte IDH. El instrumento jurídico básico del sistema interamericano de derechos humanos es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH).

Desde el punto de vista de los derechos subjetivos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶ tiene un enfoque casi exclusivamente centrado en los derechos civiles y políticos (en adelante, los DCP), de un modo similar al del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o del Convenio Europeo de Derechos Humanos, excepto por su artículo 26 sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales,⁷ que opera como una cláusula de apertura, concordado además con el artículo 29 de la CADH.⁸ Cabe recordar que el artículo 26 incluye dentro del ámbito de protección a los DESC que se encuentran contenidos en la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante, la OEA). Los DESC que se encuentran incorporados en la Carta de

la OEA son: El derecho al trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo (Artículo 26 CADH – 45 b) Carta OEA)⁹; El derecho a salarios justos y condiciones de trabajo aceptables (Artículo 26 CADH – 34 g) Carta OEA)¹⁰; El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse (Artículo 26 CADH – 45 c) y g) Carta OEA)¹¹; El derecho a un nivel de vida adecuado (Artículo 26 CADH – 45 a) Carta OEA)¹²; El derecho a la salud (Artículo 26 CADH – 34 l) Carta OEA)¹³; El derecho a la alimentación (Artículo 26 CADH – 34 j) Carta OEA)¹⁴; El derecho a la vivienda (Artículo 26 CADH – 34 k) Carta OEA)¹⁵; El derecho a los seguros sociales en caso de desprotección (Artículo 26 CADH – 45 b) y h) Carta OEA)¹⁶; El derecho a la educación (Artículo 26 CADH – 49 Carta OEA; 34 h) Carta OEA; 50 Carta OEA)¹⁷; El derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad (Artículo 26 CADH – 50 Carta OEA)¹⁸; Derecho al desarrollo integral (Artículo 26 CADH – 30 Carta OEA)¹⁹; El derecho a la plena participación de los pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo (Artículo 26 CADH – 34 Carta OEA)²⁰; El derecho a la preservación de la identidad cultural (Artículo 26 CADH – 48 Carta OEA).²¹ Estos derechos aumentan considerablemente el abanico normativo en materia de DESC que ampara la CADH.

Además, se podría agregar el artículo 17 sobre los derechos a la protección de la familia que también deberían entrar en la perspectiva social, aunque no siempre son considerados como derechos sociales.²² Por último, se podría integrar en esta visión integral de los DESC incorporados en la CADH el artículo 6 N° 2 y 3, que prohíben el trabajo forzoso. En este contexto, las orientaciones contenidas en las decisiones emanadas de la Corte IDH, a propósito de los derechos sociales, podrían y deberían servir para esclarecer y guiar la interpretación y la aplicación de estos derechos por los órganos estatales, tanto políticos, legislativos como judiciales. Sobre todo, teniendo en cuenta que cada vez más existe un reconocimiento expreso de los DESC en los *Bill of Rights* domésticos de los Estados miembros del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos.

El marco jurídico de referencia para la CIDH es más amplio que el de la Corte IDH e incluye, entre otros instrumentos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la DADDH) y la CADH, razón por la cual la CIDH tiene –en este sentido– un margen de maniobra más extenso que la Corte IDH ya que puede pronunciarse sobre varios DESC contenidos en

la DADDH. La DADDH al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la DUDH), ambas adoptadas en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, a fines de los años 40, incluye un número importante de DESC, tales como el derecho a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI), el derecho a la educación (artículo XII), el derecho a los beneficios de la cultura (artículo XIII), el derecho al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV), el derecho al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV), y el derecho a la seguridad social (artículo XVI).²³

Así, la CIDH tendría más ocasiones para pronunciarse sobre los DESC que la Corte IDH por las oportunidades jurídicas que le proporciona la DADDH, en relación con el reducido arsenal jurídico que le resta a la Corte IDH, por la deficiente elaboración en los contenidos sobre DESC de la CADH. En efecto, la CIDH es competente para pronunciarse sobre violaciones a los derechos humanos de Estados no partes en el Pacto de San José, como es el caso de Estados Unidos, Canadá y varios países caribeños de habla inglesa. Por eso es que aparecen más oportunidades para la CIDH para delinear criterios en materia de DESC y fijar sus fronteras. Todo ello puede ilustrar y colaborar con la tarea de los órganos domésticos de definir los límites y contornos de los DESC, y, primeramente, puede proporcionar criterios para iluminar el debate acerca de la juridicidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por otra parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador fue adoptado en 1988, *inter alia*, “teniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales [...]”.²⁴ Hasta el año 2011, este instrumento había sido ratificado por 15 Estado miembros de la Organización de Estados Americanos.²⁵ El Protocolo de San Salvador reconoce los siguientes derechos económicos, sociales y culturales: Derecho al Trabajo (artículo 6); Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo (artículo 7); Derechos Sindicales (ar-

título 8); Derecho a la Seguridad Social (artículo 9); Derecho a la Salud (artículo 10); Derecho a un Medio Ambiente Sano (artículo 11); Derecho a la Alimentación (artículo 12); Derecho a la Educación (artículo 13); Derecho a los Beneficios de la Cultura (artículo 14); Derecho a la Constitución y Protección de la Familia (artículo 15); Derecho de la Niñez (artículo 16); Protección de los Ancianos (artículo 17); Protección de los Minusválidos (artículo 18).

Sin embargo, este Protocolo Adicional restringe el acceso a la justicia interamericana de los particulares afectados tan solo al derecho a la educación (artículo 13) y al derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses (artículo 8, N°1, letra a). Respecto del derecho del artículo 8, el propio Protocolo deja fuera el derecho a la huelga. Así, sólo cuando alguno de estos dos derechos fueren “violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”²⁶

En la realización efectiva de los derechos sociales, la CIDH ha recurrido por diversas vías al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también llamado el Protocolo de San Salvador y a las enseñanzas provenientes de la jurisprudencia de otros órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos, ya sea judiciales o cuasi-judiciales. Es menester poner de relieve la importancia del uso del Protocolo, ya que es el instrumento interamericano jurídicamente vinculante más integral para el reconocimiento de los DESC.

En cuanto a los fundamentos jurídicos y desde el punto de vista del Protocolo de San Salvador, un argumento que merece ser analizado en el caso *Milton García Fajardo y otros contra Nicaragua* (2001) consiste en que la Comisión incluso hace valer contra Nicaragua las normas convencionales del Protocolo de San Salvador que el Estado ha suscrito, pero aun no ratificado, invocando los principios de interpretación internacional del derecho de los tratados. Así, el “Estado de Nicaragua firmó el Protocolo de San Salvador el 17 de noviembre de 1988, pero aún no lo ha ratificado. Si bien es cierto que el Protocolo de San Salvador entró en vigor el

16 de noviembre de 1999, lo fundamental es que Nicaragua firmó el Protocolo en referencia en 1988, es decir, con anterioridad a los hechos contenidos en la presente denuncia. En este caso, la mejor doctrina de interpretación del derecho de los tratados o de cualquier disposición sobre los derechos humanos estima que aunque no se encuentre en vigor un tratado, los países que lo firmaron no pueden imponer reglas en su contra. El artículo 1° del Protocolo de San Salvador establece que las medidas adoptadas por los Estados partes deben lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en dicho Protocolo. Esto quiere decir que no les está permitido a los Estados partes crear leyes o interpretarlas de manera que representen un retroceso en las conquistas de los trabajadores.”²⁷ En consecuencia, la Comisión concluyó que “el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales.”²⁸ En este sentido, países como Chile, Haití, República Dominicana y Venezuela, que han firmado el Protocolo de San Salvador, pero aun no lo han ratificado se encontrarían en la misma hipótesis y bajo la misma obligación que señala la Comisión en el caso *Milton García Fajardo y otros contra Nicaragua* (2001).

En el caso de *Margarita Barbería Miranda contra Chile* (2004), el propio Estado aceptó que la CADH contiene y consagra derechos, económicos y culturales, que vinculan al Estado. Lamentablemente, la peticionaria no invocó el artículo 26 como violado, sino diversas disposiciones del Protocolo de San Salvador, que el Estado de Chile no ha ratificado.²⁹ Sin embargo, de conformidad con lo expresado por la Comisión en el caso de la *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social* contra Perú (2009), si la peticionaria hubiera invocado el artículo 26 de la CADH, la Comisión hubiera podido recurrir al Protocolo de San Salvador para interpretar y determinar el alcance contemporáneo del artículo 26. Cabe recordar que en el caso de la *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú* (2009), la CIDH ha sostenido que “[e]n la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana se puede tener en cuenta el Protocolo de San Salvador que permite determinar el alcance de la obligación estatal en materia de desarrollo progresivo.”³⁰ Esta constituye una de las aseveraciones que ha realizado la CIDH con respecto al artículo 26 de la Convención Americana que consagra el derecho

al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, conviene aquí tener presente la jurisprudencia de la CIDH en el caso *Milton García Fajardo y otros contra Nicaragua* (2001), donde afirmó que los Estados que hayan firmado el Protocolo de San Salvador, pero aun no lo hubieran ratificado, de todas maneras tienen la obligación de no adoptar medidas de cualquier naturaleza que frustren el tratado.³¹ Esta última es una manifestación de un principio más general del derecho de los tratados respecto de los Estados firmantes en el sentido de que, actuando de buena fe, deben abstenerse de adoptar medidas que tiendan a frustrar el objeto y fin del tratado.³²

Por otra parte, en el caso de *Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra El Salvador* (2009), la Comisión señaló que “no es competente *ratione materiae* para establecer -de manera autónoma- violaciones al artículo 10 del Protocolo de San Salvador a través del sistema de peticiones individuales. Sin embargo, la Comisión Interamericana sí puede utilizar dicho Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables, a la luz de lo previsto en los artículos 26 y 29 de la Convención Americana.”³³ Los casos de *Milton García Fajardo y otros contra Nicaragua*, de *Margarita Barbería Miranda contra Chile* y de *Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra El Salvador*, muestran la potencialidad creciente del Protocolo de San Salvador en la litigación de los derechos sociales, como instrumento vinculante y, en todo caso, como instrumento inspirador y orientador de la interpretación de los derechos sociales.

Junto con lo anterior, cabe recalcar que la CIDH tiene competencia *ratione materiae* para conocer de peticiones individuales por violación de derechos humanos contenidos en otros instrumentos de derechos humanos.³⁴ Otras convenciones respecto de las cuales la CIDH tiene competencia *ratione materiae* y que podrían de alguna manera incidir indirectamente con los derechos sociales, serían las siguientes:

En primer lugar, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985. De conformidad con el artículo 17 de esta Convención el Estado tiene el deber de informar a la CIDH respecto del estado de avance de sus obligaciones y según el artículo 8 el caso podría ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por el Estado al que se le atribuye la violación de dicho tratado.³⁵

En segundo lugar, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994. En virtud de lo dispuesto en el artículo XIII

de dicho tratado, la CIDH tiene competencia para recibir peticiones o comunicaciones por violación de sus disposiciones.³⁶

En tercer lugar, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará” de 1994. El artículo 12 de esta Convención admite las peticiones ante la CIDH que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte.³⁷ Con todo, es importante resaltar que esta Convención reconoce en su artículo 5° el derecho de toda mujer de gozar y ejercer libremente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y reconoce que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.³⁸

Por último, cabe señalar que la competencia de la CIDH no consiste sólo en examinar peticiones que se presenten alegando violaciones a los derechos humanos, sino que además posee diversas otras funciones, tales como realizar visitas *in loco*, efectuar recomendaciones a los Estados miembros de la OEA, decretar medidas cautelares, someter casos a la Corte IDH, solicitar la opinión consultiva a la Corte IDH sobre la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁹

Cada vez hay más casos ante la CIDH relativos a los DESC y esto es una muestra de las afectaciones reales del mundo moderno, pero además del empoderamiento creciente de los individuos, especialmente aquellos más vulnerables. Además, si los individuos recurren a la CIDH solicitando protección respecto de sus derechos económicos, sociales y culturales es porque el Estado, a través de sus órganos ejecutivo, legislativo y judicial, ha fracasado en su obligación constitucional, legal y reglamentaria de respetar, proteger y satisfacer los derechos sociales. Si el individuo se ve en la obligación de recurrir al sistema interamericano significa que no hay mecanismos de recursos internos adecuados o que los mecanismos previstos fallaron, afectando naturalmente el derecho de acceso a la justicia.

2. El creciente clamor por la justiciabilidad y la respuesta interamericana

La justiciabilidad de los DESC está en directa relación con las garantías de un amplio acceso a la justicia, tanto nacional como internacional, informado y no discriminatorio, y desprovisto de obstáculos conceptuales, procesales o económicos. La CIDH no señala o promueve una interpretación determinada de la justiciabilidad de

los DESC ni tampoco de definición específica de los DESC. Con todo, se puede desprender que la CIDH reconoce la justiciabilidad de los DESC, ya que admite y examina peticiones que indican una violación de los DESC, particularmente del artículo 26 de la CADH. Asimismo adopta decisiones y recomendaciones declarando la violación de los DESC por el Estado parte en contra de un individuo o grupo de individuos lo que significa hacer justiciable los DESC, de acuerdo con el arsenal normativo de que dispone. Con todo, los obstáculos subsisten tanto a nivel nacional como internacional. A continuación intentaremos mencionar brevemente cuáles son las principales dificultades que se oponen a la realización de este derecho en el ámbito interamericano.

En este contexto y desde el punto de vista de las fuentes formales interamericanas, el grave problema en América latina con los derechos económicos, sociales y culturales más que de reconocimiento jurídico es de cumplimiento, realización efectiva y, en su caso, de acceso a la justicia.⁴⁰ En efecto, algunos países, tales como Australia, Canadá, Noruega, Suecia, que han alcanzado un avanzado estado de desarrollo y de cumplimiento y satisfacción -individual y colectiva- de los derechos económicos, sociales y culturales, lo han logrado sin necesidad de grandes reformas a la Constitución y muchas veces con simples y escuetas elaboraciones de principios sociales generales contenidos en sus cartas fundamentales o en disposiciones legislativas o, a veces, por vía de interpretaciones conforme con estándares internacionales.⁴¹ Esta situación hace que, en parte, algunos sostengan que "la existencia de un Estado de bienestar no depende de la plasmación, a nivel constitucional, del llamado Estado social de derecho ni de extensas declaraciones de derechos prestacionales."⁴² Sin embargo, la realidad de un país o incluso de una región no es fácilmente extrapolable a otro país o región. Por lo tanto, la solución jurídica válida para una realidad socio-política determinada no es trasladable sin más.

Por otra parte, reemplazar los derechos humanos sociales por simples guías o directrices orientadoras para el legislador, deja entregada la satisfacción de necesidades vitales y, en definitiva, el respeto y protección de una vida digna a la discrecionalidad política y a la permeabilidad de ésta frente a los intereses privados. Los derechos sociales dotan a los individuos de un poder o facultad de acción mediante el cual pueden intervenir activamente para exigir la satisfacción de sus necesidades básicas y el respeto y protección de su derecho a una vida digna y a gozar de un estándar

de vida adecuado.⁴³ Los derechos sociales alejan al individuo de la eventualidad incierta de la política y lo acercan a la certeza y seguridad de la acción jurídica. Por último, los derechos sociales y el enfoque de derechos respecto de los bienes sociales, culturales y ambientales representan el triunfo del primado del derecho por sobre la veleta de la política.

En América Latina, en cambio, incluso mediante reformas constitucionales y amplios desarrollos normativos, ni aún así se obtiene que los Estados -en la práctica, en el cotidiano constitucional- cumplan y satisfagan plenamente los DESC. Esto podría significar que, a pesar de estar dotados de una Constitución, dichos Estados no poseen un verdadero Estado de Derecho. En efecto, un Estado de Derecho constitucional contemporáneo se podría entender de manera consubstancial con la satisfacción -de acuerdo con estándares mínimos- de la integridad de los derechos humano fundamentales, incluidos, por tanto, los DESC. En nuestra opinión, si la garantía de los DCP otorgó legitimidad al Estado democrático de Derecho de la segunda mitad del siglo XX, junto con lo anterior, la garantía de los DESC proporcionará un alto grado de legitimidad al Estado democrático de la primera mitad del siglo XXI.⁴⁴

Se podría sostener que la dificultad en el cumplimiento de los DESC radica en que los esfuerzos normativos no se compadecen con los recursos económicos disponibles, pero también podríamos preguntarnos si los derechos de las personas dependen de los recursos disponibles o si los esfuerzos en la generación de los recursos y en la gestión y en la priorización de su uso no deberían orientarse a satisfacer los derechos humanos fundamentales.⁴⁵ Muchas veces se plantea el argumento de que los Estados latinoamericanos siguen siendo, a pesar del progreso y del crecimiento económico, países cuyos recursos no alcanzan para satisfacer los DESC.⁴⁶ Sin embargo, los crecimientos económicos experimentados en la región parecen indicar algo distinto y, en definitiva, el problema que se plantea es aquel de la prioritaria y eficiente asignación de recursos. Evidentemente, la prioridad viene dada por el ser humano, especialmente, aquel más vulnerable y se traduce en términos de estándares mínimos.

Como se ha señalado, uno de los problemas más acuciantes relativo a los derechos económicos sociales y culturales en América Latina -y en el mundo entero- es la realización plena del acceso a la justicia y, por lo tanto, de la real vigencia de un estado social de derecho, donde no haya discriminación por parte de los poderes públicos o

particulares respecto de estos derechos. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha subrayado que un “obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela.”⁴⁷

Un estado social de derecho que garantice materialmente la seguridad humana implica una organización de los poderes públicos y de la sociedad entera donde los individuos, comunidades y pueblos tengan garantizados por el orden constitucional, además de la libertad, su progreso, realización e integración social, económica y cultural, y por tanto, el acceso a bienes sociales fundamentales expresados en términos de derechos por los DESC.⁴⁸ Esto último requiere una Constitución abierta y evolutiva porque las exigencias sociales, que representan mínimos vitales, evolucionan. Dicho de otro modo, se requiere una Constitución empática, que no sólo determine los grandes lineamientos jurídicos del Estado, pero además receptiva, abierta, medible, adaptable, comprensiva de las necesidades de la comunidad nacional, inclusiva e incluyente, lo que configura el verdadero consenso jurídico positivo que debe representar la Constitución. En efecto, una Constitución que asegure un Estado Social de Derecho debe ser inclusiva e incluyente donde el marginado, el excluido, el vulnerable se reconozca dentro del modelo social diseñado por la Constitución, y consecuentemente, sea reconocido por la sociedad democrática más que como un mero número, como un ser humano.⁴⁹ Por eso es que en el Estado Social y Constitucional de Derecho, la democracia –su supuesto– necesariamente tiene rostro humano.⁵⁰ Así, avances relevantes en el reconocimiento y recepción de los DESC se han producido en los últimos años, por ejemplo, en las Constituciones de Ecuador, Bolivia y República Dominicana.⁵¹

La ilusión de que los derechos económicos, sociales y culturales no son susceptibles de ser reivindicados ante un juez, y por tanto, no son susceptibles de control judicial, reside únicamente en la voluntad política estatal. No obstante, en un Estado de Derecho, la voluntad estatal debería corresponder a la voluntad de la comunidad entera, bajo la forma de una democracia participativa e integral, con especial énfasis en la salvaguarda de los derechos de los grupos minoritarios, desaventajados y más vulnerables. Proporcionar carta de ciudadanía a los derechos económicos, sociales y culturales implica acoger la idea de “una democracia integral con sus componentes político y social.”⁵² Del mismo modo, un Estado de Derecho internacional requiere el aseguramiento del dere-

cho de acceso a la justicia también en el ámbito de los DESC, particularmente en el caso de aquellos más vulnerables.

Los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser objeto de control judicial y pueden ser reclamados ante un juez, como todos los derechos. Así, en el caso *Gov't of the Republic of S. Afr. & Others vs. Grootboom & Others*, ante la Corte Constitucional de Sudáfrica, que trataba sobre el derecho fundamental a la vivienda, el Juez Yacoob afirmó:

“Yo soy consciente que es una tarea extremadamente difícil para el Estado cumplir con estas obligaciones en las condiciones que prevalecen en nuestro país. Esto es reconocido por la Constitución la cual expresamente dispone que el Estado no está obligado a ir más allá de los recursos disponibles o a realizar estos derechos inmediatamente. Sin embargo, pongo énfasis en que a pesar de todas aquellas consideraciones, estos son derechos y la Constitución obliga al Estado a darles efecto. Esta es una obligación que los tribunales pueden, y en determinadas circunstancias, deben hacer cumplir.”⁵³ El Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho contemporáneo no admite exclusiones e impone un énfasis en la protección social de la comunidad, con prioridad en aquellos individuos o grupos más vulnerables, a fin de alcanzar la anhelada cohesión social, médula de un desarrollo sostenible.⁵⁴ Esta última es una manifestación elemental del principio básico de justicia social.⁵⁵ Los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos se han comprometido con la justicia social, ya que a través de la Carta de la OEA han asumido la obligación de realizar un proceso continuo hacia el desarrollo integral “para la creación de un orden económico y social justo que permita y contribuya a la plena realización de la persona humana.”⁵⁶ La triste histórica división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales ha sido un fértil caldo de cultivo para mantener la ilusión de la no justiciabilidad de los DESC.⁵⁷ Sin embargo, como se ha revelado en el curso de la historia, los derechos económicos, sociales y culturales son tan derechos como los civiles y políticos.⁵⁸

La excusa política de que los derechos económicos sociales y culturales involucrarían recursos del Estado y el manejo del gasto público, entregado exclusivamente al gobierno, se ha revelado tan sólo como eso, una excusa política y una quimera, frente a la cual el Estado Constitucional de Derecho y la dignidad humana no pueden ponerse de rodillas.⁵⁹ La creación de tribunales y el nombramiento de jueces, la construcción de cárceles y la

preparación de un cuerpo adecuado de guardias de prisión, el establecimiento de un sistema de asistencia jurídica gratuita, son todo aspectos vinculados a la realización de los más básicos derechos civiles y políticos y todo ello involucra, la inversión de miles de millones de dólares, es decir, el manejo del gasto público. Es cierto que, en términos generales, las prioridades del gasto público las fija el gobierno de un Estado. Sin embargo, también se podría argumentar que las prioridades del gasto público están esencialmente determinadas por los requerimientos de la dignidad humana, de la dignidad de la comunidad y de cada uno de sus miembros. En nuestra opinión, creemos que, en un determinado caso hipotético, nadie entendería que en tiempos de paz un gobierno determinado invirtiera millones de dólares en armamento, mientras 10% de su población se encuentra bajo el umbral de pobreza, sin acceso a un sistema de salud adecuado, sin acceso a un sistema de educación idóneo y de calidad, sin acceso a agua potable y a las condiciones elementales de higiene, sin posibilidades de acceder a una vivienda, sin tener acceso básico a una alimentación adecuada.

Además, un adecuado acceso a la justicia en el ámbito de los DESC implica que debe contemplar asimismo la dimensión colectiva de estos derechos, permitiendo acciones colectivas, de clase o de interés público, y no exigiendo siempre una víctima individual o individualizable.⁶⁰ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que los derechos sociales “tienen una clara dimensión colectiva y su vulneración suele presentarse como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados. La incidencia colectiva de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales, provoca problemas de legitimación activa, que no se limitan a la etapa de formulación de la acción, sino que se prolongan durante las diferentes etapas del proceso, ante la ausencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales. Esta circunstancia pone en evidencia que las acciones y los procedimientos están previstos para dilucidar conflictos individuales.”⁶¹

En el sistema interamericano de derechos humanos se han realizado progresos en este sentido. En el sistema interamericano, un acceso a la justicia colectivo o para proteger intereses colectivos ya ha sido admitido en el caso de los pueblos indígenas, cuyos derechos como pueblo son, por definición, colectivos y reivindicados por la comunidad en su conjunto. El mismo principio puede ser aplicable al acceso a la justicia y a los

recursos intentados en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales. La Comisión Interamericana ha correctamente indicado que “es indudable que los derechos sociales tienen una dimensión colectiva y, por ello, su vulneración suele presentarse como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados. Lo mismo puede decirse de aquellas acciones estatales que impactan en sectores sociales excluidos y que suelen presentarse como prácticas generales que configuran situaciones de características estructurales y que demandan remedios de naturaleza colectiva, tal como la afectación de derechos civiles, políticos y sociales de una comunidad indígena o de una población desplazada.”⁶²

La CIDH ha resaltado a través de sus decisiones, y expresamente lo ha señalado en sus informes temáticos, la necesidad de reforzar el acceso a la justicia respecto de los derechos sociales. En efecto, tanto en el caso *Milton García Fajardo y otros* como en el caso *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros* (2004), la Comisión se ha pronunciado de manera semejante en cuanto al acceso a la justicia y a la ejecución de las sentencias, incluso de las medidas cautelares, en el ámbito de los derechos sociales. La CIDH señala claramente que “los hechos alegados por las presuntas víctimas *prima facie* podrían caracterizar el incumplimiento de las obligaciones del Estado en relación con lo estipulado en el artículo 26 de la Convención Americana [...]. En tal sentido, la Comisión, sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, encuentra que el incumplimiento de los fallos judiciales dictados en el orden interno tutelando el derecho a la seguridad social del cual afirman su titularidad las presuntas víctimas, podría tender a caracterizar una violación del artículo 26 de la Convención Americana.”⁶³

II. LA FERTILIZACIÓN JURISDICCIONAL Y CUASI-JURISDICCIONAL

La utilización de las experiencias y de las enseñanzas provenientes de otros órganos de vigilancia de los derechos humanos por la CIDH es una tendencia que merece ser destacada.

En efecto, en el cumplimiento de su labor protectora de los derechos humanos, la CIDH recurre a otros órganos de supervisión de los derechos humanos. Así, la Comisión comprende que “[s]i bien los órganos del sistema interamericano no están obligados a seguir las sentencias de la Corte Europea, la CIDH también ha sostenido anteriormente que la jurisprudencia de otros órganos de supervisión internacionales puede ofrecer

que “[t]oda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias.”

Además, en el caso de *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*, la Comisión también recurre a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en particular se inspira del caso *D. vs Reino Unido*, a cuya luz examina el asunto sometido a su decisión.⁷⁰ Así, en el caso *Mortlock*, la Comisión se refiere a circunstancias excepcionales en materia de deportación, y, en ese contexto, analiza si existe un riesgo real para la preservación de la salud y la vida de la peticionaria.⁷¹ Es interesante el uso de estas enseñanzas y experiencias porque detrás de cada solución jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional hay un contexto histórico y cultural determinado de los derechos humanos en esa sociedad. En consecuencia, si bien el enfoque del derecho tiende a ser el mismo, para el intérprete conviene tener presente lo que hay detrás de dicha solución. En este sentido, las soluciones jurídicas de tribunales nacionales resultan menos fáciles de extrapolar que una solución aplicada por analogía proveniente del orden internacional, pues en este orden la solución tenderá a ser más general o válida para todas las sociedades estatales, referida a mínimos, a estándares mínimos que todos los Estados deben cumplir. En cambio la solución judicial y los criterios establecidos en un caso por un tribunal extranjero requerirá de mucha mayor meditación y de una reflexión profunda en cuanto a no solo el caso en sí y la solución concreta sino en cuanto al ámbito geográfico e histórico y al contexto socio-económico y cultural determinado lo que determinará la mayor o menor pertinencia de su invocación y utilización analógica. Los casos extranjeros y sus soluciones no son fácilmente utilizables en el razonamiento de un juez nacional, salvo que el contexto histórico y la situación socio-cultural sea muy cercana a la realidad existente respecto del *cas d’espèce*.

En cambio, el caso internacional y la solución jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional serán, en este sentido, normalmente, mucho más inspiradores, orientadores o guías, que el análisis y la solución jurisdiccional extranjera, salvo que haya una similitud muy próxima entre los contextos socio-culturales y el caso mismo.

Lo más probable es que tanto la CIDH como la Corte IDH continuarán incrementando el uso del Protocolo de San Salvador y el recurso a las enseñanzas emanadas de otras jurisdicciones con respecto a los derechos sociales. Del mismo modo,

es de prever que la CIDH aumente la elaboración de los principios básicos en el orden social, así como de los derechos sociales mismos.

III. PRINCIPIOS Y CONCEPTOS RELATIVOS A LOS DESC CONSAGRADOS POR LA CIDH

La CIDH ha desarrollado crecientemente una serie de principios generales aplicables a los casos de DESC, como por ejemplo el principio de progresividad y de prohibición de la regresividad.

En el caso de la *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros contra Brasil* (2009), al igual que lo hace la Corte IDH,⁷² la CIDH recoge el principio de no regresividad derivado del principio de progresividad.⁷³ El principio de progresividad se encuentra expresamente incorporado en la CADH en su artículo 26.⁷⁴ Además, la CIDH ha dicho que “En la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana se puede tener en cuenta el Protocolo de San Salvador que permite determinar el alcance de la obligación estatal en materia de desarrollo progresivo. En su artículo 1, el Protocolo establece que los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el instrumento.”⁷⁵ Así, en el caso de la *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros contra Brasil* (2009), la Comisión IDH señaló que “no se desprende de esta petición que la Enmienda Constitucional No. 41/2003 haya significado una regresión o una restricción al derecho a la seguridad social y a la pensión.”⁷⁶

El principio de no regresividad ha sido abordado por la CIDH en el caso de la *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social*. En este caso, los peticionarios alegan que mediante una reforma constitucional se modificó el régimen de pensiones regulado en una ley especial, “cuya característica principal era el derecho de sus beneficiarios a contar con una pensión nivelable en relación con las remuneraciones, bonificaciones y gratificaciones que recibiera un funcionario en actividad que desempeñara la misma o análoga función a la que desempeñaba el pensionista hasta su cese.” Se alegó como violada, entre otros, el artículo 26 de la CADH, el artículo XVI de la DADDH y el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁷⁷

Desde el punto de vista del principio de no regresividad, en Naciones Unidas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -que vigila la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales- “estableció la existencia de una fuerte presunción de no permisibilidad de las medidas regresivas así como una prohibición absoluta de regresividad cuando la medida afecte la satisfacción de los niveles esenciales de los derechos en cuestión.”⁷⁸ Coincidente con esta visión, en el caso de la *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social*, la CIDH ha especificado que “no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos” y que “[l]a obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida.”⁷⁹ En cuanto a las posibilidades reales de acceder a un régimen de seguridad social basado en principios de equidad, la Comisión lo ha vinculado con el principio de progresividad. Así, la CIDH “considera que mantener la estabilidad financiera del Estado, así como asegurar que todo régimen de seguridad social se encuentre basado en principios de equidad, constituyen un interés social y por lo tanto, fines legítimos a ser perseguidos por el Estado en una sociedad democrática. En particular, la Comisión estima que las posibilidades reales de acceder a un sistema de seguridad social en condiciones de igualdad, se encuentra relacionado con el principio de progresividad que debe regular toda acción estatal en materia de derechos económicos, sociales y culturales.”⁸⁰

La Comisión ha reiterado en la petición de *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, tanto la obligación del Estado de realizar el desarrollo progresivo efectivo de los DESC como su correlato, *id est*, la obligación de no adoptar medidas regresivas. En efecto, en cuanto a la obligación de desarrollo progresivo, este órgano cuasi-jurisdiccional interamericano señaló –siguiendo al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados.”⁸¹ Además, la Comisión, en el caso *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA contra Guatemala* (2005), confirmó que existen obligaciones inmediatas emanadas de los derechos económicos, sociales y culturales, y, en particular, del

derecho a la salud. En primer lugar, se trata de la obligación de no discriminación⁸² y, en segundo lugar, se refiere a las obligaciones de garantía para el Estado cuando hay un grave o inminente riesgo de pérdida de la vida de la persona.⁸³

Reforzando la obligación de no regresividad, la Comisión expresó en el caso de *Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra El Salvador*, que “el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) conlleva para los Estados partes en la Convención Americana la obligación de no tomar medidas regresivas en lo relativo a tales derechos. En particular, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (PIDESC) ha indicado que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Dicho Comité explicó que ‘si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles’.”⁸⁴ Cabe destacar que la Comisión, al igual que lo hace la Corte IDH,⁸⁵ se auxilian y apoyan en la interpretación auténtica que efectúa respecto de los DESC el Comité de Naciones Unidas respectivo. Es así como, la CIDH estima que la interpretación auténtica del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es aplicable a las obligaciones a que se refiere el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁸⁶ De esta manera, la CIDH afirmó certeramente, en cuanto a las obligaciones que emanan para el Estado, que “el artículo 26 de la Convención Americana establece para los Estados partes, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Tal obligación implica a su vez la obligación de no adoptar medidas regresivas respecto al grado de desarrollo alcanzado.”⁸⁷

Junto con estos principios generales, la CIDH ha desarrollado su actividad cuasi-jurisdiccional, como se verá a continuación, sobre algunos derechos sociales en particular.

IV. DERECHOS PROTEGIDOS: ENSEÑANZAS DE LA CIDH SOBRE EL SENTIDO Y ALCANCE DE VARIOS DERECHOS SOCIALES

En esta parte examinaremos algunos pronunciamientos de la CIDH acerca de los derechos económicos, sociales y culturales y observaremos

cómo ha ido construyendo su doctrina sobre los DESC reforzando la vigencia del artículo 26 de la CADH. Se analizarán brevemente peticiones relacionadas con el derecho a huelga, el derecho a la pensión como parte del derecho a la seguridad social y el derecho a la salud. Aun cuando no han sido los únicos DESC abordados por la CIDH, creemos que estos derechos nos permiten efectuar un diagnóstico acerca de la evolución de la doctrina sobre DESC de la CIDH.

La CIDH ha tenido la oportunidad de referirse al ejercicio *del derecho a huelga en el sector público*. En efecto, en el caso *Milton García Fajardo y otros* (2001), un grupo de trabajadores aduaneros reclaman que sus derechos han sido violados por cuanto los órganos administrativos no han dado cumplimiento a las decisiones del Tribunal. En efecto, el Ministerio del Trabajo declaró ilegal una huelga acordada por los trabajadores aduaneros. Consecuentemente, la empresa aduanera inició una serie de despidos masivos que afectaban principalmente a los trabajadores que habían participado en la huelga. Los trabajadores recurrieron de amparo ante el juez ordinario para que hiciera primar la Constitución y éste ordenó suspender los despidos de los trabajadores. No obstante, la empresa aduanera continuó con los despidos masivos de trabajadores aduaneros y dirigentes de los trabajadores.⁸⁸ La Comisión afirmó que “los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales tutelados por la Convención Americana en su artículo 26. [...] Las violaciones por parte del Estado de Nicaragua determinan los perjuicios económicos y postergan los derechos sociales de los peticionarios.”⁸⁹ A partir de la afirmación anterior, se podría entender que la CIDH incluye dentro de la protección del artículo 26 de la CADH el derecho de huelga o algunos aspectos de este derecho humano.

En cuanto a la pensión como parte del derecho a la seguridad social, en el caso de la *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros contra Brasil* (2009), ante la CIDH, los peticionarios alegan que la enmienda constitucional N° 41/03 de 2003 que elimina la exención de los funcionarios públicos jubilados y pensionistas respecto del pago de la contribución a la seguridad social viola “el derecho a la propiedad privada, los derechos políticos, el desarrollo progresivo de los derechos sociales y las garantías y protección judiciales, previstos, respectivamente, en los artículos 21, 23, 26, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.⁹⁰ La Comisión en esta petición, bajo

la forma de un *dictum*, reconoce que el derecho a la pensión se encuentra incluido en el artículo 26 de la CADH⁹¹ y agrega que fortalecer el sistema de seguridad social significa garantizar el derecho de todos a la seguridad social.⁹²

Como se ha dicho, la CIDH ha reconocido expresamente que el derecho a la pensión –como parte integrante del derecho a la seguridad social– se encuentra amparado por el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁹³ Este artículo remite a los DESC incorporados en la Carta de la Organización de Estados Americanos. En este contexto, la Corte IDH ha expresado claramente que la DADDH define y especifica los derechos humanos a los que se refiere la Carta de la OEA.⁹⁴ Así, en el caso de la *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social*, la CIDH indicó que el derecho a la seguridad social constituye una de las normas económicas y sociales mencionadas en el artículo 26 de la CADH y, en ese sentido, los Estados partes se encuentran en la obligación de procurar el desarrollo progresivo de ese derecho.⁹⁵

En cuanto al derecho a la salud, la CIDH se ha pronunciado en una serie de casos contra Estados vinculados con la falta de entrega de los medicamentos necesarios para tratar el Virus de Inmunodeficiencia Humana/Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH/SIDA), especialmente respecto de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. En estos casos, la Comisión ha reiterado los principios fundamentales relativos a los DESC que ha ido reconociendo a través de su jurisprudencia.

En el caso de *Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra El Salvador* de 2009, los peticionarios –portadores del VIH/SIDA– alegan que el Estado ha violado el derecho a la vida, a la salud y al desarrollo de la personalidad ya que no les ha suministrado los medicamentos que integran la triple terapia necesaria para impedirles la muerte y mejorar su calidad de vida. La CIDH indicó que “el tratamiento con medicamentos antirretrovirales mejora y aumenta la calidad de vida de las personas infectadas con VIH. Dicho tratamiento es delicado, y tanto su inicio como su seguimiento debe ser efectuado por personal debidamente calificado para ello, tomando en cuenta las circunstancias personales de la persona infectada con VIH.”⁹⁶

Los peticionarios alegan violadas diversas disposiciones de la CADH, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y la

DADDH. En particular, en relación con el derecho a la salud, se menciona el artículo 26 de la CADH como una disposición que protege el derecho a la salud, junto con el artículo 25 de la DUDH, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 34 de la Carta de la OEA y el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

En la petición de *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, la Comisión concluyó que El Salvador no había violado el artículo 26 de la CADH ya que el Estado acreditó que “había tomado las medidas razonablemente a su alcance para ofrecer el tratamiento médico a las personas incluidas en el expediente. La CIDH estima que las acciones del Estado fueron suficientemente expeditas, dentro de las circunstancias, para cumplir dicho objetivo de manera eficaz. No es posible hablar, por lo tanto, de alguna violación directa al derecho a la salud de Jorge Odir Miranda Cortez o de las otras 26 personas identificadas en el Caso 12.249.”⁹⁷

En el caso *TGGL contra Ecuador* (2009), se alega directamente la responsabilidad del Estado de Ecuador por los daños causados a “la niña TGGL a raíz de su presunta infección con el Virus de Inmunodeficiencia Humana/Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (en adelante “VIH/SIDA”) por conducto de una transfusión de sangre proveniente de la Cruz Roja Provincial de la ciudad Cuenca, provincia del Azuay y practicada el 22 de junio de 1998 en la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo Crespo.”⁹⁸ En este caso, donde no se alegó ni se examinó la posible violación del artículo 26 de la CADH, sino que la Comisión condujo el proceso por la vía del derecho a la vida y a la integridad personal, este órgano cuasi-jurisdiccional se apoyó en el caso *Alban Cornejo*, ante la Corte IDH.⁹⁹ En dicho caso, la Corte sostuvo el principio de que “cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas, la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo.”¹⁰⁰ De un modo similar, la Comisión recondujo la petición, en el caso *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA vs. Guatemala*, por la vía de la violación del derecho a la vida garantizado en la CADH.¹⁰¹

En el año 2008, la Comisión se pronunció en un importante caso contra Estados Unidos vinculado con el derecho a la salud y el Virus de Inmunodeficiencia Humana/Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. En efecto, la peticionaria, una ciudadana jamaicana se encontraba bajo amenaza de deportación por parte de Estados Unidos a Jamaica, por lo que le eran negados medicamentos vitales para el tratamiento del VIH/SIDA, el cual padece, y además, estaba amenazada de deportación a un país donde no se le proporcionaría los medicamentos necesarios, todo lo cual, en una u otra situación, le podría originar la muerte.¹⁰² La peticionaria –Andrea Mortlock– denuncia la violación del derecho a la salud (artículo XI de la DADDH) y del derecho a no ser objeto de penas crueles, infamantes o inusitadas (artículo XXVI de la DADDH).

Los Estados Unidos, de acuerdo con su posición tradicional –constantemente rechazada por la CIDH– sostiene que la DADDH “no es vinculante y que no crea derecho alguno a la atención de la salud o a la atención médica, ni reconoce un presunto derecho a la salud.”¹⁰³ Aun cuando la Comisión desechó esta pretensión, centró su argumentación en la deportación y en las eventuales afectaciones a la vida y a la salud del peticionario. Así, en el orden del derecho del Estado a deportar y a controlar el ingreso, residencia y expulsión de extranjeros en su territorio, la Comisión reconoce que los Estados tienen este derecho, pero afirma que este derecho no es ilimitado. Al contrario, señala que “en el ejercicio de este derecho a expulsar a extranjeros, los Estados miembros deben tener en cuenta ciertas protecciones que consagran valores fundamentales de las sociedades democráticas.”¹⁰⁴

La CIDH recurre a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos para ilustrar la situación sometida a su decisión, así se inspira del caso *D. vs Reino Unido*.¹⁰⁵ En el presente caso, la CIDH – al igual que lo hace la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁰⁶– se refiere a un caso y a circunstancias excepcionales en materia de deportación, y en ese contexto, debe buscar si existe un riesgo real para la preservación de la salud y la vida de la peticionaria. En este sentido, la Comisión afirma que “la prueba adecuada es determinar si el interés humanitario del caso es tan importante que no puede razonablemente ser resistido por las autoridades de un Estado civilizado. Más específicamente, la respuesta es si, por razones humanitarias, la afección médica de una persona es tal que no deba ser expulsada, a menos que pueda demostrarse que los servicios médicos

y sociales que innegablemente necesita están efectivamente disponibles en el Estado receptor. Por tanto, el parámetro aplicable consistirá en determinar si la deportación creará penurias extraordinarias a la deportada y su familia, hasta el punto de equivaler a una sentencia de muerte, habida cuenta de dos aspectos fundamentales: la disponibilidad de atención médica en el país receptor; y la disponibilidad de servicios sociales y apoyo, en particular, la presencia de parientes cercanos.”¹⁰⁷

En este caso, la CIDH concluyó que Estados Unidos no había violado el derecho a la salud porque no se le había negado a la peticionaria el acceso al cuidado médico en los Estados Unidos.¹⁰⁸ Sin embargo, la Comisión sí determinó que había una violación del derecho a no ser objeto de penas crueles, inhumanas o inusitadas desde que Estados Unidos quería deportar a Andrea Mortlock a Jamaica, un país cuyo sistema de salud es insuficiente para satisfacer las necesidades médicas de la peticionaria y donde las personas enfermas de SIDA son estigmatizadas y discriminadas. En consecuencia “enviar conscientemente a Andrea Mortlock a Jamaica, a sabiendas de su actual régimen de atención médica y del insuficiente acceso en el país receptor a servicios similares de salud para los portadores de VIH/SIDA, sería violatorio de sus derechos y constituiría una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura.”¹⁰⁹

Otras peticiones individuales han sido presentadas por falta de suministro de medicamentos antirretroviral a personas portadoras del VIH/SIDA. Éste es el *caso de Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA contra Guatemala* de 2005, donde se alegó como violado, *inter alia*, el derecho a la vida (artículo 4 de la CADH) y el derecho al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26 de la CADH).

En este caso, la CIDH reiteró –apoyándose nuevamente en la interpretación auténtica realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹⁰– la obligación de derechos humanos de cumplimiento progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, la CIDH señaló que “[e]n cuanto a la alegada violación del artículo 26 de la Convención Americana, la Comisión considera que en cuanto se trata del derecho a la salud hay una obligación de cumplimiento progresivo, y esto se refiere al derecho a la salud en general, tanto curativa como preventiva, y cuya atención es debida a toda la población.”¹¹¹

Sin duda, la CIDH ha desarrollado extensamente sus enseñanzas afirmando, por un lado, la juridicidad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y reiterando, por otro lado, principios claves en la consolidación de dichos derechos, tales como la obligación de desarrollo progresivo y la prohibición de la regresividad. Asimismo, la CIDH ha recurrido a técnicas de aplicación e interpretación de los derechos sociales que implican una fertilización jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional cruzada tanto horizontal como vertical.

CONCLUSIÓN

Para aquellos que adoptan la posición doctrinaria que el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos no vincula al Estado o que los operadores jurídicos nacionales deben desarrollar su actividad jurídica al margen y con independencia e incluso contra los principios y criterios establecidos en el sistema interamericano de derechos humanos, quizás este estudio carece de sentido. Debatir sobre esta tendencia doctrinaria es otra historia y corresponde a otro artículo. Sin embargo, aquellos que consideran que los derechos humanos corresponden a un sistema jurídico integral y coherente, que posee componentes tanto nacionales como internacionales y cuya aplicación determinante para el individuo se produce por el juez nacional, a la luz de una interpretación armónica del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional de los derechos humanos, a partir de la aplicación de la norma más beneficiosa y protectora para el individuo, esperamos que quizás encuentren en estas páginas algunos aspectos dignos de reflexión.

La fertilización entre órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales de derechos humanos o que supervisan derechos humanos es una realidad creciente, en particular, en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que acrecienta aun más la importancia de extraer y examinar críticamente los principios que la CIDH ha desarrollado respecto de estos derechos. La incorporación de estos principios en el acervo jurídico nacional, especialmente en el ámbito de los jueces, permitirá mejorar el nivel de satisfacción de los derechos sociales de las personas y comunidades. Una interpretación armónica de los derechos humanos con los instrumentos y la jurisprudencia internacional de derechos humanos, por parte de los órganos estatales, tendrá el poten-

cial de evitar al Estado incurrir en responsabilidad internacional. Asimismo, conducirán al Estado hacia la realización efectiva de una democracia con rostro humano y enfocada en la seguridad y dignidad humana.

Las decisiones de la CIDH son una valiosa enseñanza para los órganos domésticos llamados a enfrentar el desafío de la justiciabilidad y exigibilidad de los DESC. La CIDH ha demostrado a través de los pronunciamientos contenidos en sus recomendaciones que los DESC son derechos humanos como tales y directamente exigibles al Estado. En efecto, las enseñanzas de la CIDH han contribuido a descartar la visión de los DESC como aspiraciones, objetivos en la medida de lo posible, derechos programáticos o derechos imposibles y que gradualmente en forma creciente la CIDH ha construido y fortalecido la doctrina de los DESC como derechos exigibles y justiciables. Los pronunciamientos en este sentido han recalado la articulación entre el derecho al acceso a la justicia y los DESC. En este trabajo se ha constatado lo anterior con respecto al derecho a huelga, el derecho a la pensión en el contexto del derecho a la seguridad social y el derecho a la salud. La CIDH también ha reconocido y esbozado una delimitación de principios ya consagrados a nivel

internacional como son el principio de progresividad y de no regresividad.

¿Cuáles serán los desarrollos futuros previsibles a la luz del estatus actual de los DESC ante la CIDH? Probablemente, la CIDH reciba cada vez más peticiones donde se le pida que se pronuncie sobre violaciones de los DESC. En este sentido, la CIDH no podrá sino aplicar los desarrollos actuales y avanzar hacia evoluciones más detalladas y profundas sobre los contenidos normativos y los límites de estos derechos. Como ha ocurrido hasta ahora, la CIDH debería tender a utilizar los instrumentos regionales y universales sobre DESC de forma viva, integral, evolutiva y dinámica. Del mismo modo, la CIDH debería mantener o profundizar su tendencia a mantener un diálogo con otros órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales y así recibir y aplicar en forma coherente las influencias provenientes de esos ámbitos. Por último, la CIDH podría contribuir favorablemente a estimular estos desarrollos ante la Corte IDH. Por una parte, porque los casos que llegan a la Corte dependen en gran parte de la labor de la CIDH. Por otra parte, porque las argumentaciones y opiniones de la CIDH, si resultan suficientemente elaboradas y convincentes, pueden inspirar, guiar u orientar el trabajo de la Corte IDH.

NOTAS

1. Ocran, Modibo: "Socioeconomic Rights in the African Context: Problems with Concept and Enforcement", en *Loyola University Chicago International Law Review*, Vol. 5, num. 1 (2007-2008), pp. 1-13, p. 1.
2. Este artículo se enfoca principalmente a las situaciones enfrentadas por los países de América Latina, pero también incluye informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos referidos a otros Estados miembros de la OEA como Estados Unidos, porque dicha Comisión también puede recibir peticiones individuales respecto de Estados miembros de la Organización de Estados Americanos que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en particular, respecto del respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; "Artículo 23: Presentación de peticiones: Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento. El peticionario podrá designar en la propia petición, o en otro escrito, a un abogado u a otra persona para representarlo ante la Comisión." Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.
3. Vid. Artículo 2.2., Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976; Artículo 2.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.
4. "The rate of ratification of major human rights treaties is relatively high in Latin America, but not in the Caribbean." Office of the High Commissioner for Human Rights: *Annual Report 2006*. (Geneva: United Nations Human Rights Office of the High Commissioner for Human Rights, 2006), p. 92; Office of the High Commissioner for Human Rights: *Annual Report 2010*. (Geneva: United Nations Human Rights Office of the High Commissioner for Human Rights, 2010), p. 153.
5. CEPAL: *Panorama Social de América Latina 2008*. CEPAL, Santiago de Chile, 2008, p. 65; Vid. Anexo 11: Cambios en la brecha de ingresos entre los grupos más ricos y los grupos más pobres de América Latina entre 2002 y 2007; Asimismo, Vid. Anexo 12: Evolución de la pobreza y de la indigencia en América Latina entre 1980 y 2008.
6. También conocida como Pacto de San José.
7. "Artículo 26. Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados." Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José)

8. "Artículo 29. Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza." Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José)
9. "Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...] b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar;" (Artículo 26 CADH – 45 b) Carta OEA)
10. "Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos;" (Artículo 26 CADH – 34 g) Carta OEA)
11. "Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...] c) Los empleados y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva;" (Artículo 26 CADH – 45 c) y g) Carta OEA)
12. "Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...] a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;" (Artículo 26 CADH – 45 a) Carta OEA)
13. "Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna;" (Artículo 26 CADH – 34 l) Carta OEA)
14. "Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] j) Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos;" (Artículo 26 CADH – 34 j) Carta OEA)

15. "Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población;" (Artículo 26 CADH – 34 k) Carta OEA)
16. "Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...] b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; [...] h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social," (Artículo 26 CADH – 45 b) y h) Carta OEA)
17. "Los Estados miembros llevarán a cabo los mayores esfuerzos para asegurar, de acuerdo con sus normas constitucionales, el ejercicio efectivo del derecho a la educación, sobre las siguientes bases: a) La educación primaria será obligatoria para la población en edad escolar, y se ofrecerá también a todas las otras personas que puedan beneficiarse de ella. Cuando la imparta el Estado, será gratuita; b) La educación media deberá extenderse progresivamente a la mayor parte posible de la población, con un criterio de promoción social. Se diversificará de manera que, sin perjuicio de la formación general de los educandos, satisfaga las necesidades del desarrollo de cada país, y c) La educación superior estará abierta a todos, siempre que, para mantener su alto nivel, se cumplan las normas reglamentarias o académicas correspondientes." (Artículo 26 CADH – 49 Carta OEA); "Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] h) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación;" (Artículo 26 CADH – 34 h) Carta OEA); "Los Estados miembros prestarán especial atención a la erradicación del analfabetismo; fortalecerán los sistemas de educación de adultos y habilitación para el trabajo; asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población, y promoverán el empleo de todos los medios de difusión para el cumplimiento de estos propósitos." (Artículo 26 CADH – 50 Carta OEA)
18. "Los Estados miembros prestarán especial atención a la erradicación del analfabetismo; fortalecerán los sistemas de educación de adultos y habilitación para el trabajo; asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población, y promoverán el empleo de todos los medios de difusión para el cumplimiento de estos propósitos." (Artículo 26 CADH – 50 Carta OEA)
19. "Los Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad. El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional," (Artículo 26 CADH – 30 Carta OEA)
20. "Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. [...]" (Artículo 26 CADH – 34 Carta OEA)
21. "Los Estados miembros cooperarán entre sí para satisfacer sus necesidades educacionales, promover la investigación científica e impulsar el adelanto tecnológico para su desarrollo integral, y se considerarán individual y solidariamente comprometidos a preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos." (Artículo 26 CADH – 48 Carta OEA)
22. Vid. Derecho a la Constitución y Protección de la Familia (artículo 15); Derecho de la Niñez

- (artículo 16); Protección de los Ancianos (artículo 17), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimooctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General). Este instrumento internacional entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.
23. La Declaración Universal de Derechos Humanos contempla cuatro artículos sobre los derechos económicos, sociales y culturales: del artículo 23 al artículo 26. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) contiene 25 artículos sustantivos sobre los derechos económicos, sociales y culturales.
 24. Preámbulo, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimooctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General). Este instrumento internacional entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.
 25. La siguiente es la lista de Estados: Antigua y Barbuda no lo ha firmado; Argentina firmó el Protocolo el 17 de noviembre de 1988 y lo ratificó el 23 de octubre de 2003; Bahamas no lo ha firmado; Barbados no lo ha firmado; Belice no lo ha firmado; Bolivia firmó el Protocolo el 17 de noviembre de 1988 y lo ratificó el 5 de octubre de 2006; Brasil adhirió al Protocolo el 21 de Agosto de 1996; Canadá no lo ha firmado; Chile firmó el Protocolo el 5 de junio de 2001; Colombia adhirió al Protocolo el 23 de diciembre de 1997; Costa Rica firmó el Protocolo el 17 de noviembre de 1988 y lo ratificó el 16 de noviembre de 1999; Dominica no lo ha firmado; Ecuador firmó el Protocolo el 17 de noviembre de 1988 y lo ratificó el 25 de marzo de 1993; El Salvador firmó el Protocolo el 17 de noviembre de 1988 y lo ratificó el 6 de junio de 1995; Estados Unidos no lo ha firmado; Grenada no lo ha firmado; Guatemala firmó el Protocolo el 17 de noviembre de 1988 y lo ratificó el 5 de octubre de 2000; Guyana no lo ha firmado; Haití firmó el Protocolo el 17 de noviembre de 1988; Honduras no lo ha firmado; Jamaica no lo ha firmado; México firmó el Protocolo el 17 de noviembre de 1988 y lo ratificó el 16 de abril de 1996; Nicaragua firmó el Protocolo el 17 de noviembre de 1988 y lo ratificó el 5 de marzo de 2010; Panamá firmó el Protocolo el 17 de noviembre de 1988 y lo ratificó el 18 de febrero de 1993; Paraguay firmó el Protocolo el 26 de agosto de 1996 y lo ratificó el 3 de junio de 1997; Perú firmó el Protocolo el 17 de noviembre de 1988 y lo ratificó el 4 de junio de 1995; República Dominicana firmó el Protocolo el 17 de noviembre de 1988; San Kitts y Nevis no lo ha firmado; Santa Lucía no lo ha firmado; San Vicente y las Granadinas no lo ha firmado; Surinam adhirió al Protocolo el 10 de julio de 1990; Trinidad y Tobago no lo ha firmado; Uruguay firmó el 17 de noviembre de 1988 y lo ratificó el 2 de abril de 1996; Venezuela firmó el Protocolo el 27 de enero de 1989.
 26. Artículo 19 (Medios de Protección) n° 6, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.
 27. CIDH: Informe N° 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, Nicaragua, 11 de octubre de 2001, par. 98; Corte I.D.H.: *Opinión Consultiva OC-14/94, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 9 de diciembre de 1994, pars. 32 y 33.
 28. CIDH: Informe N° 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, Nicaragua, 11 de octubre de 2001, par. 101.
 29. “El Estado argumenta que no puede atribuirse a Chile responsabilidad internacional por actos que no constituyen violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Específicamente, el Estado alega que los derechos al trabajo y a la libre iniciativa económica no están garantizados por dicha Convención. Además, que las alegadas violaciones de derechos consagrados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el “Protocolo de San Salvador”, no pueden atribuirse responsabilidad del Estado chileno, puesto que dicho Protocolo no fue ratificado por Chile. *La única referencia a los derechos económicos, sociales y culturales en la Convención Americana –concluye el Estado– es la del artículo 26, pero la Comisión no tiene que considerar este argumento puesto que la peticionaria no alega la violación de ese artículo en su denuncia.* La Comisión conviene con la posición del Estado chileno en cuanto a las alegaciones sobre el derecho al trabajo y el derecho a la libre iniciativa económica, y los rechaza por no caracterizar violaciones de la

- Convención Americana sobre Derechos Humanos." CIDH: Informe N° 59/04. Petición 292/03. Admisibilidad, *Margarita Cecilia Barbería Miranda vs. Chile*. 13 de octubre de 2004, par. 36.
30. CIDH: Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 134.
31. CIDH: Informe N° 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, Nicaragua, 11 de octubre de 2001, par. 98.
32. "Artículo 18: Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor." *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. U.N. Doc A/CONF.39/27 (Viena, 23 de mayo de 1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980.
33. CIDH: Informe N°27/09. Fondo. Caso 12.249. *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*. 20 de marzo de 2009, par. 77.
34. "Artículo 23. Presentación de peticiones: Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento. El peticionario podrá designar en la propia petición, o en otro escrito, a un abogado u a otra persona para representarlo ante la Comisión." Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.
35. "Artículo 8: Los Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente. Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal. Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado." Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985; "Dicha Convención no menciona a la Corte Interamericana en ninguno de sus artículos. Sin embargo, la Corte ha declarado la violación de dichos tratados en diversos casos utilizando un medio de interpretación complementario (los trabajos preparatorios) ante la posible ambigüedad de la disposición." 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, par. 51.
36. "Artículo XIII: Para los efectos de la presente Convención, el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares." Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994.
37. "Artículo 12: Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos." Convención Interamericana para Preve-

- nir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará” de 1994.
38. “Artículo 5: Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.” Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará” de 1994.
39. “La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato: a) Recibe, analiza e investiga peticiones individuales que alegan violaciones de los derechos humanos, según lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención; b) Observa la vigencia general de los derechos humanos en los Estados miembros, y cuando lo considera conveniente publica informes especiales sobre la situación en un estado en particular; c) Realiza visitas in loco a los países para profundizar la observación general de la situación, y/o para investigar una situación particular. Generalmente, esas visitas resultan en la preparación de un informe respectivo, que se publica y es enviado a la Asamblea General; d) Estimula la conciencia de los derechos humanos en los países de América. Para ello entre otros, realiza y publica estudios sobre temas específicos. Así por ejemplo sobre: medidas para asegurar mayor independencia del poder judicial; actividades de grupos irregulares armados; la situación de derechos humanos de los menores, de las mujeres, de los pueblos indígenas; e) Realiza y participa en conferencias y reuniones de distinto tipo con representantes de gobiernos, académicos, grupos no gubernamentales, etc. para difundir y analizar temas relacionados con el sistema interamericano de los derechos humanos; f) Hace recomendaciones a los Estados miembros de la OEA sobre la adopción de medidas para contribuir a promover y garantizar los derechos humanos; g) Requiere a los Estados que tomen “medidas cautelares” específicas para evitar daños graves e irreparables a los derechos humanos en casos urgentes. Puede también solicitar que la Corte Interamericana requiera “medidas provisionales” de los Gobiernos en casos urgentes de peligro a personas, aún cuando el caso no haya sido sometido todavía a la Corte; h) Somete casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana y actúa frente a la Corte en dichos litigios; i) Solicita “Opiniones Consultivas” a la Corte Interamericana sobre aspectos de interpretación de la Convención Americana.” Vid. ¿Qué es la CIDH? Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/que.htm> [Visitado el 14/11/2011]
40. Vid. Franco, Rolando; Artigas, Carmen; y Franco Guzmán, Carmen F.: “Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: su situación actual”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 35 (2001), pp. 59-82.
41. Vid. Arango, Rodolfo: “Constitucionalismo social latinoamericano” en Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela: *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en America Latina?*, Tomo I, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 3-23; “Australia has no constitutional protections of individual rights akin to our Bill of Rights, nor does it automatically incorporate international human rights obligations into domestic law. Rather, Australia seems to have a canon of interpretation much like our own, that statutes should be construed to be consistent with international obligations absent a clear statement to the contrary.” Telman, D.A. Jeremy: “Plural Vision: International Law Seen Through the Varied Lenses of Domestic Implementation”, en *Valparaíso University Law Review*, vol. 44, num. 3, (2010), pp. 759-778, p. 774; Suarez Crothers, Christian: “Los derechos economicos y sociales en la Constitucion chilena y los limites de la jurisprudencia”, en Nogueira Alcalá, Humberto: *Dogmatica y Aplicacion de los derechos sociales*. Santiago, Librotecnia, 2010, pp. 95-172.
42. Pisarello, Gerardo: “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, núm. 92, mayo-agosto 1998, pp. 439-456, especialmente, p. 448.
43. “[E]n buena medida gracias al status constitucional que se le ha asignado a algunos reclamos, se han reivindicado los derechos de muchas personas de carne y hueso”. Gargarella, Roberto y Courtis, Christian: “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, *Serie Políticas Sociales N°153*, Cepal, Santiago de Chile, noviembre de 2009, p. 32
44. “Only if basic social rights are protected at the same level as civic and political ones a society could claim to be seriously concerned with the

- autonomy of the individual." Cécile Fabre: *Social rights under the Constitution. Government and the decent life*. Oxford, Oxford University Press. 2000, pp. 12-22.
45. Kardos, Gábor: "Universal justification for social rights", *Miskolc Journal of International Law* Vol. 6 (2009) N° 1, pp. 18-23, p. 22.
46. En relación con la pobreza y la vejez en América Latina y el Caribe, vid. Huenchuan, Sandra y Guzmán, José Miguel: "Seguridad Económica y Pobreza en la Vejez: Tensiones, Expresiones y Desafíos para Políticas". Reunión de Expertos sobre Población y Pobreza en América Latina y el Caribe, 14 y 15 de Noviembre 2006, Santiago, Chile, p. 5; Vid. Franco, Rolando; Artigas, Carmen; y Franco Guzmán, Carmen F.: "Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: su situación actual", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 35 (2001), pp. 59-82, p. 69.
47. CIDH: *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007, pars. 235.
48. "Se puede decir que la seguridad humana tiene dos aspectos principales. En primer lugar, significa seguridad contra amenazas crónicas como el hambre, la enfermedad y la represión. Y en segundo lugar, significa protección contra alteraciones súbitas y dolorosas de la vida cotidiana, ya sea en el hogar, en el empleo o en la comunidad. Dichas amenazas pueden existir en todos los niveles de ingreso y desarrollo de un país." PNUD: *Informe sobre Desarrollo Humano 1994. Un Programa para la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 1994, p. 26.
49. "Investigaciones recientes sobre emergencias humanitarias complejas llegaron a la conclusión de que las "desigualdades horizontales" entre grupos - ya sean étnicos, religiosos o sociales - constituyen la causa principal de la ola actual de conflictos civiles. Las desigualdades - y las inseguridades interesan no sólo en cuanto a ingreso sino en cuanto a participación política (en los parlamentos, gabinetes, ejércitos y gobiernos locales), en activos económicos (en tierras, capital humano y recursos comunales) y en condiciones sociales (en la educación, la vivienda y el empleo)." PNUD: *Informe sobre Desarrollo Humano 1999. La mundialización con rostro humano*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 1999, p. 35.
50. "[S]e necesitan una estructura de gobierno nacional y una estructura de gobierno mundial más fuertes para el bienestar humano, no para el mercado." El reinvento de la estructura de gobierno para el siglo XXI debe comenzar con fuertes compromisos: con la ética, la justicia y el respeto a escala mundial por los derechos humanos de toda la gente; con el bienestar humano como fin, con los mercados libres y el crecimiento económico como medio; con respeto por las condiciones y necesidades diversas de cada país; con la responsabilidad de todos los actores. PNUD: *Informe sobre Desarrollo Humano 1999. La mundialización con rostro humano*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 1999, p. 8.
51. Vid. Sección II: De los Derechos Económicos y Sociales; Sección III: De los Derechos Culturales y Deportivos; Sección IV: De los Derechos Colectivos y del Medio Ambiente. Constitución de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero. Publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010.
52. García Ramírez, Sergio: "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9 (2003), pp. 127-157, especialmente, p. 138.
53. "I am conscious that it is an extremely difficult task for the state to meet these obligations in the conditions that prevail in our country. This is recognized by the Constitution, which expressly provides that the state is not obliged to go beyond available resources or to realize these rights immediately. I stress, however, that despite all those qualifications, these are rights, and the Constitution obliges the state to give effect to them. This is an obligation that courts can, and in appropriate circumstances, must enforce." *Gov't of Republic of S. Afr. & Others v Grootboom & Others* 2000 (1) SA 46 (CC) (S. Afr.), para. 93-94; Ocran, Modibo: "Socioeconomic Rights in the African Context: Problems with Concept and Enforcement", en *Loyola University Chicago International Law Review*, Vol. 5, num. 1 (2007-2008), pp. 1-13, p. 6.
54. "La desatención de los derechos económicos y sociales es otra causa, aunque más difusa y problemática, de la violencia y los conflictos sociales. [...] El elemento esencial de la obligación jurídica asumida por todo gobierno en esta materia es procurar la realización de las aspiraciones sociales y económicas de su pueblo siguiendo un orden que dé prioridad a las necesidades básicas de salud, nutrición y edu-

- cación. La prioridad de “los derechos de supervivencia” y “las necesidades básicas” es una consecuencia natural del derecho a la seguridad personal.” Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980. Capítulo VI. Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos y deberes del hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Doc. OEA/Ser.L/V/II.50, doc. 13 rev.1, 2 octubre 1980; “Las políticas sociales - y la estructura de gobierno nacional - son todavía más pertinentes hoy para hacer que la mundialización opere en pro del desarrollo humano y proteja a la gente de sus nuevas amenazas.” PNUD: *Informe sobre Desarrollo Humano 1999. La mundialización con rostro humano*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 1999, p. 9.
55. “Hoy la democracia no puede ser concebida como sistema de exclusiones sino de inclusiones.” Valadés, Diego: *Constitución y política*. (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2ª ed., 1994), pp. 23-24.
56. Vid. Artículo 33 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos en concordancia con el artículo 26 (Derechos económicos, sociales y culturales) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
57. “Traditionally, international human rights law has branded economic and social rights “second-class,” nonjusticiable rights, in contrast to political and civil rights.” “What Price for the Priceless?: Implementing the Justiciability of the Right to water”, 120 *Harvard Law Review* 1067-1088 (2007), at 1075.
58. “El reconocimiento de derechos impone la creación de acciones judiciales o de otro tipo, que permitan a su titular reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, ante la falta de cumplimiento de su obligación por parte del sujeto obligado. Por ello, el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un campo de poder para sus titulares y en ese sentido, puede actuar como una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales. De esta manera, el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales conduce a reconocer la necesidad de contar con mecanismos adecuados y efectivos de reclamo de estos derechos de índole individual y colectiva.” CIDH: *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007, par. 236.
59. “De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “[e]n caso de que un Estado Parte aduzca ‘limitaciones de recursos’ para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, [...] examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos: a) [e]l nivel de desarrollo del país; b) [l]a gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) [l]a situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) [l]a existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) [s]i el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo[,] y f) [s]i el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, doc. N.U. E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, par. 10.
60. Brage Camazano, Joaquín: “Reseña bibliográfica de Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. (México: Porrúa, 2a. ed., 2004, 442 pp.)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 117 (2006), pp. 813-818; Cfr. Correa Sutil, Jorge: “Reformas Judiciales en América Latina. ¿Buenas Noticias para los Pobres?”, en Méndez, Juan; O’Donell, Guillermo y Pinheiro, Paulo Sergio (comp): *La (in)efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*. (Barcelona: Paidós, 2002), pp. 257-278; Londoño Toro, Beatriz: “Algunas reflexiones sobre las acciones populares y de grupo como instrumentos de protección de derechos colectivos”, en Londoño Toro, Beatriz et al. (ed.): *Eficacia de las Acciones Constitucionales en Defensa de los Derechos Colectivos*. (Bogotá: Edi-

- torial Centro editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004), pp. 23-55.
61. CIDH: *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007, pars. 237-238.
 62. CIDH: *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007, par. 268; Vid. CIDH: Informe N° 81/06. Petición 394-02. Admisibilidad. *Personas privadas de libertad en la cárcel de Urso Branco, Rondônia, Brasil*, 21 de octubre de 2006, par. 51.
 63. CIDH: Informe N° 70/04. Petición 667/01. Admisibilidad. *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y Otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación Viasa)*, Venezuela, 13 de octubre de 2004, par. 61; "El Estado violó el artículo 25(2) (c) de la Convención Americana al ignorar las medidas cautelares dictadas por el Tribunal de Apelaciones de la Sala Civil y Laboral de la Región III, por medio de las cuales se ordenó la suspensión de los despidos mientras se resolvía el recurso de amparo interpuesto. [...] Ha quedado demostrado que las resoluciones judiciales cautelares emanadas del Tribunal de Apelaciones, que pretendían prevenir futuras violaciones de los derechos de los trabajadores aduaneros, resultaron ineficaces e ilusorias." CIDH: Informe N° 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, Nicaragua, 11 de octubre de 2001, pars. 73, 81 y 82; Corte I.D. H.: *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, serie A, N° 9, par. 24.
 64. CIDH: Informe N°63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*. 25 de julio de 2008, par. 80; CIDH: Informe N°1/95 (Perú), *Informe Anual 1994*; Informe 63/99 (Víctor Rosario Congo), Ecuador, *Informe Anual 1998*; Informe 98/03 (Statehood Solidarity Committee), Estados Unidos, *Informe Anual 2003*, pars. 91-93.
 65. CIDH: Informe N° 89/09. Petición 663-06. Admisibilidad. *TGGL vs Ecuador*. 7 de agosto de 2009, par. 34. Corte IDH: Opinión Consultiva OC 1/82 de 24 de septiembre de 1982 sobre "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) párr. 41.
 66. CIDH: Informe N°63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*. 25 de julio de 2008, par. 80.
 67. No puede dejarse de anotar que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos citan, recurren para reforzar su argumentación, invocan, se respaldan, confirman su posición aludiendo a decisiones, criterios o afirmaciones efectuadas por tribunales nacionales, tanto tribunales constitucionales como Cortes Supremas o Tribunales Calificadores de Elecciones. Vid. CIDH: Informe N° 89/09. Petición 663-06. Admisibilidad. *TGGL vs Ecuador*. 7 de agosto de 2009, par. 32.
 68. "While payment of contributions into a social insurance scheme gives rise to a right to derive benefits from the scheme, Article 1 of Protocol No. 1 cannot be interpreted as giving an individual a right to a pension of a particular amount. In this case, the applicant retained all the rights attaching to his ordinary pension, stemming from the contributions he had paid into his pension scheme, so that the loss of his "veteran status" did not result in the essence of his pension rights being impaired. [...] The means employed therefore had an objective and reasonable justification in Poland's historical experience and they pursued a legitimate aim, namely to regulate the operation of the existing system of exceptional privileges: manifestly ill-founded." ECHR: *Domalewsky vs. Polonia* (No. 34610/97). Decisión del 15 de junio 1999. Inadmisibilidad; "El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que "[c]uando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, [...] examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son 'adecuadas' o 'razonables', el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes: a) [h]asta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) [s]i el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) [s]i la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) [e]n caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en

- el Pacto; e) [e]l marco cronológico en que se adoptaron las medidas[, y] f) [s]i las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo". Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Declaración sobre la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el 'máximo de los recursos de que disponga' de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto", doc. N.U. E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, par. 8.
69. CIDH: Informe Nº 132/09. Petición 644-05, Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros vs. Brasil*. 12 de noviembre de 2009, par. 51.
70. Corte EDH: *D c. Reino Unido*, 24 Corte Europea de Derechos Humanos 423 (1997), par. 54. La Corte Europea, en *D c. Reino Unido*, restringió el ámbito de protección por referencia a "circunstancias muy excepcionales." En *D c. Reino Unido*, en relación con la expulsión de un portador de SIDA a Saint Kitts, la Corte fue llamada a determinar si existía un riesgo real de que la expulsión del peticionario fuera contraria a las normas del artículo 3 "en vista de su situación médica actual (párr.50)." En su determinación, la Corte observó que el peticionario se encontraba "en las etapas avanzadas de una enfermedad terminal e incurable" (párr.51); que su enfermedad había llegado a una "etapa crítica" (53); que el retiro abrupto de los servicios médicos que recibe actualmente "comportarán las consecuencias más dramáticas para él", "reduciría su ya limitada expectativa de vida" y "lo sometería a un sufrimiento mental y físico agudo (52)". La Corte concluyó que, por tanto, en vista de estas circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta lo que describió como "la etapa crítica a que llegó la enfermedad fatal del peticionario", su expulsión a Saint Kitts constituiría una violación del artículo 3.
71. "La prueba empleada por la Corte Europea para determinar si las circunstancias que afectaban a la alegada víctima hacían del suyo un caso "excepcional" se basa en tres factores clave: la afección médica actual del apelante (en etapa avanzada o terminal); la disponibilidad de apoyo en el país de retorno (presencia de familiares o amigos); y la disponibilidad de atención médica en ese país." CIDH: Informe Nº63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*. 25 de julio de 2008, par. 87.
72. Corte IDH: *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, par. 147; "Como correlato de lo anterior, se desprende un deber – si bien condicionado – de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que "las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga". En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá "determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso". Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate." Corte IDH: *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, par. 103.
73. CIDH: Informe Nº 132/09. Petición 644-05, Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros vs. Brasil*. 12 de noviembre de 2009, par. 51; Vid. CIDH: Informe Nº 134/09. Peticiones P1133-04 y P115-05. Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Unafisco, Conamp y otros vs. Brasil*. 12 de noviembre de 2009; "De los anteriores criterios resulta que la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención Americana supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles. Ello implica un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. Tal es la obligación de no regresividad desarrollada por otros organismos internacionales y entendida por la CIDH como un deber estatal justiciable mediante el mecanismo de peticiones individuales consagrado en la Convención." CIDH:

- Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras* (Perú), 27 de marzo de 2009, par. 139; Vid. Corte IDH: *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, No. 198, par. 103.
74. “El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.” Vid. Corte IDH: *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, No. 198, par. 102.
75. CIDH: Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 134.
76. CIDH: Informe N° 132/09. Petición 644-05, Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros vs. Brasil*. 12 de noviembre de 2009, par. 51; CIDH: Informe N° 134/09. Peticiones P1133-04 y P115-05. Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Unafisco, Conamp y otros vs. Brasil*. 12 de noviembre de 2009.
77. CIDH: Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 137.
78. CIDH: Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 137; Vid. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General 14: El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud; Observación General 15: El derecho al agua; y Observación General 17: El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
79. “La Comisión considera de especial relevancia aclarar que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad. El *corpus iuris* interamericano en materia de derechos económicos, sociales y culturales, evidencia que el concepto de progresividad – y la obligación correlativa de no regresividad – establecida en el artículo 26 de la Convención Americana, no es excluyente de la posibilidad de que un Estado imponga ciertas restricciones al ejercicio de los derechos incorporados en esa norma. La obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida. En ese sentido, no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana.” CIDH: Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 140.
80. CIDH: Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 116; La Corte Europea ha considerado que la eliminación “de privilegios excepcionales” puede constituir un fin legítimo. Vid. Corte EDH: Stanislaw Domalewski v. Poland. Comunicación No. 34610/97. Decisión de admisibilidad. Asimismo, ha señalado que es legítimo que los cambios en los derechos pensionales tomen en consideración las necesidades de los titulares del derecho a la pensión. También indicó como legítima la necesidad de

- resolver las dificultades financieras de un fondo de pensiones; Corte EDH: *Kjartan Ásmundsson v. Iceland*. Comunicación No. 60669/00. Decisión final. 30 de marzo de 2005, par. 42 y 43.
81. CIDH: Informe N°27/09. Fondo. Caso 12.249. *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*. 20 de marzo de 2009, par. 105; Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, E/1991/23.
82. "Dichas reflexiones se aplican igualmente al derecho a la salud. Independientemente de lo señalado respecto al carácter progresivo del derecho a la salud, existen al menos dos situaciones de exigibilidad inmediata. El primer supuesto es el de no-discriminación, en el sentido de que el Estado no puede garantizar el derecho a la salud de manera discriminatoria." CIDH: Informe N°32/05. Petición 642-03. Admisibilidad. *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA vs. Guatemala*. 7 de marzo de 2005, par. 43.
83. "El segundo supuesto se presenta cuando hay un grave o inminente riesgo de pérdida de la vida de la persona, cuyo deber de garantía corresponde al Estado. En relación con este último supuesto, la Comisión observa que los hechos descritos pueden llegar a caracterizar una violación al derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana." CIDH: Informe N°32/05. Petición 642-03. Admisibilidad. *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA vs. Guatemala*. 7 de marzo de 2005, par. 44.
84. CIDH: Informe N°27/09. Fondo. Caso 12.249. *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*. 20 de marzo de 2009, par. 105.
85. Corte I.D.H.: *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Peru*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, par. 147.
86. CIDH: Informe N°27/09. Fondo. Caso 12.249. *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*. 20 de marzo de 2009, par. 105.
87. CIDH: Informe N°27/09. Fondo. Caso 12.249. *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*. 20 de marzo de 2009, par. 106.
88. "Los peticionarios, trabajadores de aduanas, iniciaron una huelga después de haber gestionado infructuosamente ante el Ministerio de Trabajo la negociación de un pliego de peticiones. El Ministerio de Trabajo resolvió declarar ilegal la huelga, por considerar que el Código de Trabajo de Nicaragua no permitía el ejercicio de ese derecho a los trabajadores del servicio público o de interés colectivo. Ante esta situación, los trabajadores de aduanas interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal de Apelaciones, en contra de la declaratoria de ilegalidad de la huelga, con el fin de que la Corte Suprema de Justicia declarara la supremacía de la Constitución sobre la legislación laboral. El Tribunal de Apelaciones resolvió, mediante sentencia interlocutoria, suspender los despidos que estaban realizando las autoridades aduaneras. A pesar de ello, las autoridades despidieron a 142 trabajadores, en su mayoría líderes de base. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia, un año después de haberse interpuesto el amparo, y confirmó a través de ésta, la resolución del Ministerio de Trabajo en cuanto a la ilegalidad de la huelga." CIDH: Informe N° 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, Nicaragua, 11 de octubre de 2001, par. 95.
89. Idem.
90. CIDH: Informe N° 132/09. Petición 644-05, Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros vs. Brasil*. 12 de noviembre de 2009, par. 3.
91. CIDH: Informe N° 132/09. Petición 644-05, Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros vs. Brasil*. 12 de noviembre de 2009, par. 50; CIDH: Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras (Perú)*, 27 de marzo de 2009, par. 130.
92. CIDH: Informe N° 132/09. Petición 644-05, Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros vs. Brasil*. 12 de noviembre de 2009, par. 51; "Como correlato de lo anterior, se desprende un deber – si bien condicionado – de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que "las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos,

- Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga". En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá "determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso". Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate." Vid. Corte I.D.H.: *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, No. 198, par. 103; "Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaliente." Corte IDH: *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, No. 98, par. 147.
93. "El derecho a la pensión, como parte integrante del derecho a la seguridad social, también se encuentra dentro del alcance del artículo 26 de la Convención Americana que se refiere a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA. Dicha carta, en su artículo 45, incorpora el derecho a la seguridad social." CIDH: Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 130.
94. "[L]a Corte Interamericana ha indicado que "la Declaración [Americana] contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA". CIDH: Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 131; Vid. Corte IDH: *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, par. 43.
95. CIDH: Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 133.
96. CIDH: Informe N°27/09. Fondo. Caso 12.249. *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*. 20 de marzo de 2009, par. 104.
97. CIDH: Informe N°27/09. Fondo. Caso 12.249. *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*. 20 de marzo de 2009, par. 108.
98. CIDH: Informe N° 89/09. Petición 663-06. Admisibilidad. TGGL vs Ecuador. 7 de agosto de 2009, par. 1.
99. CIDH.: Informe N° 89/09. Petición 663-06. Admisibilidad. TGGL vs Ecuador. 7 de agosto de 2009, par. 32.
100. Corte I.D.H.: *Caso Albán Cornejo y Otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C, No. 171, par. 119.
101. "[L]a Comisión considera que en las circunstancias del presente asunto, corresponde establecer, a los fines de la admisibilidad, que las alegaciones de los peticionarios relativas a la salud quedan subsumidas en las claras pautas establecidas sobre los alcances del deber de garantía del derecho a la vida que surge de los artículos 1(1) y 4 de la Convención Americana y no dentro del artículo 26 del mismo instrumento." CIDH: Informe N°32/05. Petición 642-03. Admisibilidad. *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA vs. Guatemala*. 7 de marzo de 2005, par. 44.
102. CIDH: Informe N°63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*. 25 de julio de 2008, par. 1.
103. CIDH: Informe N°63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*. 25 de julio de 2008, par. 76; "[L]a Comisión también desea aclarar que, al interpretar y aplicar la Declaración, es necesario considerar sus disposiciones en el contexto de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos en términos más am-

- plios, a la luz de la evolución en el campo del derecho internacional en materia de derechos humanos desde que la Declaración fue redactada y con debida consideración de las demás normas pertinentes del derecho internacional aplicable a los Estados miembros contra los cuales se interponen debidamente denuncias de violación de la Declaración." CIDH: Informe N°75/02. Caso 11.140. Fondo. *Mary y Carrie Dann contra Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, pars. 95, 96, 97, 98; CIDH: *James Terry Roach y Jay Pinkerton contra Estados Unidos*. Caso 9.647, Res. 3/87, 22 de septiembre de 1987, pars. 46-49.
104. CIDH: Informe N°63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*. 25 de julio de 2008, par. 78.
105. Corte EDH: *D c. Reino Unido*, (1997), par. 54. La Corte Europea, en *D c. Reino Unido*, restringió el ámbito de protección por referencia a "circunstancias muy excepcionales." En *D c. Reino Unido*, en relación con la expulsión de un portador de SIDA a Saint Kitts, la Corte fue llamada a determinar si existía un riesgo real de que la expulsión del peticionario fuera contraria a las normas del artículo 3 "en vista de su situación médica actual (párr.50)." En su determinación, la Corte observó que el peticionario se encontraba "en las etapas avanzadas de una enfermedad terminal e incurable" (párr.51); que su enfermedad había llegado a una "etapa crítica" (53); que el retiro abrupto de los servicios médicos que recibe actualmente "comportarán las consecuencias más dramáticas para él", "reduciría su ya limitada expectativa de vida" y "lo sometería a un sufrimiento mental y físico agudo (52)". La Corte concluyó que, por tanto, en vista de estas circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta lo que describió como "la etapa crítica a que llegó la enfermedad fatal del peticionario", su expulsión a Saint Kitts constituiría una violación del artículo 3.
106. "La prueba empleada por la Corte Europea para determinar si las circunstancias que afectaban a la alegada víctima hacían del suyo un caso "excepcional" se basa en tres factores clave: la afección médica actual del apelante (en etapa avanzada o terminal); la disponibilidad de apoyo en el país de retorno (presencia de familiares o amigos); y la disponibilidad de atención médica en ese país." CIDH: Informe N°63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*. 25 de julio de 2008, par. 87.
107. CIDH: Informe N°63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*. 25 de julio de 2008, par. 91.
108. CIDH: Informe N°63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*. 25 de julio de 2008, par. 95.
109. CIDH: Informe N°63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*. 25 de julio de 2008, par. 94.
110. U.N. Doc. E/1991/23, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, par. 9.
111. CIDH: Informe N°32/05. Petición 642-03. Admisibilidad. *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA vs. Guatemala*. 7 de marzo de 2005, par. 42.

LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN DERECHO COMPARADO

• • • • •
Javier Alberto Higuera Zazueta
Maestrante en Ciencias Penales y Criminalística.

Uno de los derechos fundamentales del ser humano, que en definitiva tendrá que ser considerado como de los más importantes, sin duda alguna lo es la libertad, la que después de la vida misma ocupa un lugar privilegiado dentro de las garantías personales, puesto que la libertad implica la posibilidad de un desarrollo humano integral. Por ello el individuo busca por todos los medios posibles protegerla y sobre todo conservarla, aun y cuando sus mismas acciones pudiesen poner en serio peligro dicha canonjía humana y social.

En el devenir de cada historia humana individual se corre una serie de riesgos y vicisitudes, cuya gravedad y diversidad podría poner en serio peligro la libertad del individuo, sobre todo aquellas eventualidades en las que interviene la misma voluntad del sujeto y que de alguna manera u otra, las mismas normas jurídicas diseñadas por la sociedad en su conjunto a través de los operadores específicamente designados con ese fin se han encargado de señalar esas voluntades como inadecuadas, llegando en ocasiones a pisar los terrenos de lo ilícito. Es en estos momentos en que la libertad del hombre se ve en la posibilidad de ser coartada, ya sea a través de la detención flagrante o por la instauración de un proceso investigativo que podría desembocar en la prolongación de la pérdida de la libertad personal.

Ése es el tema del presente estudio, en relación a la obra del Maestro Jesús Rodríguez y Rodríguez, denominada *La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado*, texto que aborda de manera detallada las diversas normas jurídicas de varios países europeos y de América Latina que se relacionan con las detenciones que de manera provisional practican los distintos gobiernos de cada nación, y que de alguna manera u otra se justifican en ciertos conceptos relacionados a su derecho interno que les dan justificación y sustento legal, pero que en su esencia no dejan de ser considerados como actos enemigos del libre ejercicio de los derechos humanos, aun y cuando las razones que las motiven

pudiesen encontrarse dentro de las obligaciones oficiales de esas instituciones gubernamentales, y que esto sirviese como pretexto de legitimidad. Aun así, la consideración de acto violatorio de garantías humanas se hace a veces más que evidente, y otras se vuelve una necesidad, no del todo aceptada, pero que en aras de una convivencia social optimizada, se acepta su práctica legal y con ello las consecuencias lógicas que esto trae.

Por ello resulta prudente hacer una reflexión acerca de la necesidad real de continuar con esos tratamientos a los sujetos que tendrán que someterse a detención preventiva, analizar las situaciones en las que podría optarse por una solución distinta y ver finalmente en qué casos es imprescindible el uso o práctica de esa institución jurídica restrictiva de la libertad, sin que ello implique una violación a los derechos humanos, y se traduzca, más que en una forma resolutoria de conflictos legales del orden penal, en un verdadero acto de autoridad aceptado y quizá en algún momento solicitado por el núcleo humano.

En el análisis del texto, fácilmente podemos percibir que la detención preventiva es una práctica legal común tanto en Europa como en Norte América y América Latina, en distintas etapas y con diversas sustentaciones jurídicas, pero finalmente con los mismos efectos personales, culturales y sociales, ya que independientemente de las legislaciones y sistemas jurídicos establecidos en cada lugar, las consecuencias relativas a un status de aprisionamiento no justificado del todo prácticamente son las mismas.

No podemos dejar de reconocer que la situación relativa la provisionalidad de la privación de la libertad no es muy distinta, ya que prevalecen los mismos factores, que de acuerdo con la apreciación del autor, la hacen inapropiada y que serian en todo caso:

- La poca certeza de la culpabilidad del probable responsable de una conducta considerada como ilícita.

- Precisamente el estado de “probabilidad” en la intervención del supuesto inculpado.
- El trato indistinto entre las conductas no consideradas como graves contra las que sí lo son.
- La falta de mecanismos jurídicos alternativos que permitan asegurar el sometimiento del individuo a la justicia penal, sin la necesidad de recurrir a la privación de su libertad.

Como punto de partida de este trabajo analítico, resulta adecuado, a la luz de los puntos antes descritos, y tomando como base las excelentes opiniones y comparaciones legales que el autor desarrolla a lo largo de su trabajo intelectual, correspondientes a los distintos ordenamientos relativos al caso, considerar que, si bien es cierto que la prisión preventiva puede llegar a ser un acto de gran molestia, y sobre todo causas generadora de la pérdida en el disfrute de determinados derechos, y consecuencia discriminadora, en el ámbito social de quien la padece, resulta ser también un acto jurídico necesario, aunque considerado malévolo, dadas las pocas garantías que se ofrecen al inculpado, y sobre todo la factible posibilidad de un aprisionamiento innecesario, ya por faltas de elementos para su sustento legal, ya por una mala actuación o pésimo criterio de los operadores jurídicos de la materia. Eso, al final del camino, puede resultar en un grave daño moral o económico, por no decir social, dadas las graves muestras de marginación y desprecio a las que se ven sometidos aquellos sujetos que han padecido esta mala praxis legal, disfrazada de intenciones legítimas.

En ese orden de ideas, debo confesar, que, desde mi particular apreciación, en un inicio la lectura del texto, de características muy claras y ligeras, me resultó un tanto incongruente, puesto que del todo no soy partidario de eliminar la práctica de la detención preventiva, en el sentido de que personalmente la considero una necesidad que garantiza un ejercicio adecuado de la justicia penal. Sin embargo, encontré que efectivamente esas acciones podrían llegar a representar serias violaciones a garantías constitucionales, hablando por supuesto del contexto nacional mexicano referente a estas facultades legales concedidas al ciudadano de esta Nación, y más allá de toda argumentación jurídica, a circular por el rumbo, todavía más grave, de los ataques a los más básicos derechos fundamentales a los que la raza humana, históricamente está destinada a disfrutar, pero a la vez, de manera sistemática han sido objeto de frecuentes daños por instituciones e individuos cuya labor originalmente debía ser su protección y no su vejación o suspensión temporal o definitiva.

Desde mi perspectiva y en franca referencia al espíritu del constituyente de la Nación del debate realizado entre los años 1916-1917, en que se discutió la posibilidad de otorgar facultades a la autoridad administrativa en el sentido de que ésta podría en algún momento ordenar detenciones preventivas, y que textualmente hace alusión a lo siguiente: “*En el párrafo de que nos ocupamos no se da una facultad amplísima a las autoridades administrativas, sino al contrario, muy restringida, y bajo su más absoluta responsabilidad*”,¹ creo que las intenciones de la figura jurídica que descansa en la detención preventiva en su esencia tiene mucho de legítima, puesto que trata de asegurar un ejercicio pleno del Estado de Derecho al garantizar que el individuo que ha cometido o que se tiene cierto nivel de certeza de que se ha involucrado en actividades ilícitas sea sometido a la acción de la justicia penal sin que exista el riesgo de que éste se sustraiga a la misma y se convierta entonces en un asunto de impunidad, dadas las dificultades por todos bien conocidas para lograr la captura de los inculcados por parte de los operadores policíacos a cuyo cargo se encuentran esas tareas.

En ese tenor, debido a las nuevas reformas jurídicas relativas a los juicios de carácter oral, se ha definido que el proceso penal tiene dos vertientes principales, que son garantizar los derechos de la víctima y al mismo tiempo respetar las garantías del inculpado. Esta tarea no resulta nada fácil si asumimos que ambos son mandatos constitucionales ineludibles, pero que en su fondo se trastocan sin remedio. Es decir, que a la vez que se procura la defensa jurídica de la víctima, al mismo tiempo se exige respetar los derechos garantistas de los indiciados.

Por el momento nos ocuparemos solamente de la víctima, a efecto de hacer una diferenciación lógico-jurídica de esta controversia legal, que es imposible no hacer notar, en todos sus aspectos.

Como punto de partida, debemos primero remitirnos a la base legal de dicha cuestión como lo es artículo 20 inciso a, párrafo I, de la Constitución General de la República que a la letra dice: “*El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. A. De los principios generales: I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.*”² Fácilmente, podemos detectar que en este párrafo aparece una disposición o mandato que se refiere a la protección de la víctima, (pro-

teger al inocente), como una prioridad sobre el tratamiento que se pudiese dar al delincuente, ya que incluso señala la necesidad de evitar que “*el culpable quede impune*”. Es por ello que en este conflicto de intereses pudiese ver perjudicado el individuo a quien se atribuye una conducta delictiva, candidato a una posible detención preventiva por esas mismas razones.

Desde mi óptica personal, considero una verdadera necesidad garantizar la posibilidad de someter a proceso al inculcado, puesto que ello traerá un mayor seguridad jurídica en el sentido de la posible reparación de daños y sobre todo el ejercicio efectivo de una justicia más completa y sustentada, aunque al par que considero necesaria la presencia de esta figura privativa de la libertad, también creo que sus formas deberán variar de un caso a otro, como en lo sucesivo haré notar, cuando me refiera a la situación correspondiente al inculcado.

Históricamente las víctimas de delitos han sido las grandes olvidadas. Si hiciésemos un análisis de los hechos pasados y relativos a ellas podríamos con alto grado de certeza demostrar esta hipótesis. Por ello, hablar de los derechos de aquellas personas que han sido víctimas de algún tipo de acto que ha afectado, ya sea su integridad física o personal, ya sea sus bienes o derechos mismos, implica una gran responsabilidad pero, ante todo, una mayor conciencia social y jurídica. La responsabilidad estribaría en el hecho de que la sola razón de haberse visto afectado en cualquiera de los intereses personales o como se llama en materia jurídico penal, en su bien jurídico tutelado, basta y sobra para buscar de inmediato un mecanismo de apoyo y sobre todo protección instantánea de todas las índoles posibles a favor de esas personas. Además, no debe dejarse de lado el compromiso social que implica el conocer la situación de esas víctimas de actos considerados como ilícitos o mínimamente inadecuados, y no buscar la exigencia de que la autoridad encargada de su atención ejecute todas aquellas tareas para las cuales fue concebida en primer lugar. Esto nos lleva a la obligación legal que tiene la misma y que por decreto de la Carta Magna de nuestra Nación debe cumplir a cabalidad, y no dejarlo como una situación opcional sino como parte de su encargo.

A partir del día 2 de Septiembre de 1993, se inicia una nueva era legal en cuanto a lo que la protección a los derechos de las víctimas se trata, una vez que por reforma elaborada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se adicionó a su artículo 20, una sección en la que

se señalan de manera muy clara y sencilla todos aquellos derechos de los que puede y debe ser titular una persona a la que se le ha reconocido la categoría de víctima cualquiera que sea su implicación, ya que el numeral constitucional referido no señala ninguna restricción al respecto y no debemos olvidar que donde la Ley no distingue no se debe discriminar ninguna situación en particular. Vemos, incluso, que se trata de mandato ineludible y no discrecional.

A la luz de la reforma mencionada en el párrafo que precede, es fácil comprender cuál es la razón de existir de la misma. Como su misma redacción deja en claro, es “proporcionar a la víctima todo tipo de asistencia desde la comisión del delito, durante el proceso y después de él”. Luego es necesario realizar un análisis crítico a la autoridad que está obligada a poner en práctica estas estrategias, viéndose cuáles son sus fortalezas y debilidades para lograr una protección realmente efectiva a las garantías constitucionales relativas al ofendido.

Desde el punto de vista jurídico se entiende como víctima a aquella persona física o jurídica que ha recibido un daño de cualquier especie; es decir, no tiene que ser necesariamente físico, ya que incluso se considera el daño emocional o moral como parte de esos efectos nocivos. Se considera que dicho daño viene como consecuencia lógica de una acción evidentemente considerada como delito por la ley penal vigente de la zona geográfica y época en que se desarrolle.

En ese tenor, las Naciones civilizadas a través de los diversos organismos nacionales e internacionales, durante las distintas etapas de evolución de la ciencia jurídica, se han más o menos preocupado por las personas que se ubican dentro de la denominación que se menciona en el párrafo que precede, creando instituciones o cuerpos de leyes fundamentalmente destinados a la protección de los derechos de quienes se han visto convertidos en blanco de ciertas acciones ilícitas que han vulnerado su integridad física, su libertad, su patrimonio, entre otros intereses personales.

Igualmente válido resulta decir que los derechos de las víctimas, al igual que los del individuo sujeto a detención preventiva, se han inscrito dentro de la categoría de los Derechos Humanos, inalienables e irrenunciables en todo caso, y que lamentablemente, al mismo tiempo, circulan por el rumbo del olvido y más que nada pasan por grandes dificultades en la gran maraña gubernamental en lo que a burocratismo, insensibilidad y lentitud de trámites se refiere. Es lastimosa la manera en

que actúan las autoridades de cualquier nivel de gobierno, encargadas de la protección de los Derechos Humanos, considerados hoy por hoy parte de las garantías fundamentales de las personas.

Con la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, emitida por la Organización de la Naciones Unidas en 1948, se hacen claros y evidentes los derechos inherentes de todos los seres humanos de la Tierra. Este valioso y único instrumento describe, señala, enumera y hace constar los preceptos de igualdad necesarios e indispensables para la paz y prosperidad de la sociedad mundial, que desafortunadamente podría contraponerse a lo preceptuado por las Reglas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos.

Los valores, conceptos y contenidos de “La Declaración Universal de los Derechos Humanos” son generalmente desconocidos por la sociedad. Esta Declaración es parte del área de estudios de pocas instituciones educativas de las naciones de este pequeño Planeta Tierra. Nadie puede reclamar lo que no sabe que tiene o posee. Gran parte de la población que cuenta con conocimientos sobre sus derechos carece, sin embargo, de un concepto objetivo de cómo hacerlos cumplir o de cómo obtener el apoyo de alguna estructura que le garantice el respeto y cumplimiento de los mismos.

El concepto “Derechos Humanos”, que deriva de “Derechos del Hombre”, surge del seno de la Organización de las Naciones Unidas, en 1948. Con todo, estos derechos han sido y siguen siendo los protagonistas principales en el drama de la historia de la humanidad. La violación de estos derechos es la causa de la gran mayoría de los conflictos en la historia de la civilización. La lucha por los derechos de las personas es tan antigua como la historia de la humanidad. La mayoría de las religiones del mundo basan en cierta forma sus enseñanzas en el concepto y la práctica de los Derechos Humanos.

Su importancia se debe a que es un instrumento de protección para la humanidad y un patrón de conceptos y comportamiento a seguir, tanto al nivel individual como global. También, a que no es un instrumento sectario, sino una declaración y afirmación de carácter global, quizás universal. Su importancia e impacto es que fue firmada y ratificada por representantes de los gobiernos de todo el planeta.

La “Declaración Universal de los Derechos Humanos” es el único documento en la historia de la humanidad que fue ratificado por más de 35 estados y gobiernos. Con la aprobación, el 16 de diciembre de 1966, a unanimidad, en la Asam-

blea General de la Naciones Unidas, de los tres instrumentos y arbitrios que son parte de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, se toma el paso más significativo de protección y respeto a favor del ser humano en la historia de la civilización.

La Declaración y sus órganos es el único mecanismo global en existencia que protege los derechos inalienables del ser humano. Lo más importante es que, además, es el único mecanismo que tiene facultades jurídicas con poder de ejecución, y es en ese contexto que América Latina se encuentra aún en un proceso de desarrollo democrático y rápido crecimiento económico. Por ello es de gran importancia el concientizar a la población civil en general sobre Derechos Humanos.

En Latinoamérica se necesita, sin lugar a duda, emprender una campaña en el ámbito nacional y dirigida a la sociedad civil, con vistas a concientizar a la población, en un lenguaje simple y entendible, sobre lo que son los Derechos Humanos, deberes y responsabilidades de esta sociedad. Empezando esta labor garantizaremos el desarrollo y el proceso de respeto a las víctimas, además de considerar los derechos de aquellos que se han visto involucrados en acciones que pudiesen derivar en alguna forma de detención en su contra.

Una de las primeras acciones tomadas por nuestra nación, respecto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, aprobada por la Asamblea General, según acuerdo 40/34, en fecha 29 de Noviembre de 1985, fue la aceptación y adhesión a la misma por México, lo que sin duda representa un gran avance en las tareas del País, en lo que respecta a la protección de los afectados por conductas ilícitas.

Es innegable que el decreto publicado en el Diario Oficial de fecha de 3 de Diciembre, al adicionar al numeral 20 de dicha Carta Magna un apartado en el que textualmente se indicaba: “*En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera, y los demás que señale la ley*”, representó en su momento un avance significativo en el cumplimiento de México ante sus compromisos internacionales en relación a la defensa de los derechos de las víctimas y por consecuencia la de los derechos humanos, que son situaciones que están íntimamente relacionadas y que no pueden bajo ningún supuesto ser separa-

das ni entendidas como cosas ajenas o no dependientes entre sí.

Con el paso del tiempo, y bajo la necesidad y premisa de crear una nueva legislación que protegiese de manera más integral y efectiva los derechos de las personas, más aún cuando estas tienen la característica de víctima y por supuesto de probable responsable de una conducta penalmente sancionable, y que en su momento procesal oportuno podría derivar en prisión preventiva, se dio una nueva reforma al artículo 20 constitucional, adicionando al mismo un nuevo apartado B, exclusivamente relacionado con la víctima del delito en lo que respecta a sus nuevos derechos y a la consecuente creación de centros de apoyo y programas de protección que garanticen su bienestar.

De manera general, dicha garantía de seguridad jurídica señala que el Ministerio Público o Fiscal del Estado: "...deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación."

Como podemos ver, la protección a víctimas de cualquier delito, ya sea de manera directa como sujeto pasivo o indirecta en calidad de doliente o deudo de la víctima, no es una situación discrecional de la autoridad investigadora o impositora de sanciones, sino más bien una obligación jurídica por mandato constitucional, que no está sujeta a ningún tipo de negociación o pretexto para no otorgarse. De ahí la preocupación de quien esto escribe en relación al choque de intereses personales y jurídicos surgidos a partir del hecho de que por un lado se tiene la obligación normativa de proteger el bien jurídico de los sujetos pasivo pero, por otro, no se debe olvidar el también deber legal de respaldar los derechos del inculpado. ¿Cuál de los dos debe prevalecer?, o en todo caso, ¿a qué derecho o garantía se debe proteger primero o en forma prioritaria?, Las víctimas o pasivos ponen su confianza en los actos de autoridad encaminados a garantizarle la reparación del daño que han sufrido y, a la vez, como mínima compensación a su sufrimiento, logran de los operadores jurídicos ministeriales o judiciales una resolución de fondo que haga que el delincuente sufra las consecuencias de sus actos ilícitos y sea sometido a una pena privativa de libertad, incluso desde antes de haber sido condenado a ello. Es lo que conocemos como prisión preventiva, y que en la mayoría de las veces se logra desde el inicio de la secuela procesal, cuando las evidencias y pruebas base de la acción de la justicia penal aún no son firmes. Es aquí, desde mi interpretación,

donde se hace necesaria la provisionalidad de la detención, como único medio garantista de lograr un ejercicio adecuado de la norma criminal. Por otro lado, y en franca contraposición a esta misma postura de legalidad, se tiene la situación del inculpado, quien ha sido privado de su libertad, ya sea por haberlo ordenado el Ministerio Público en ejercicio de sus facultades, o por haberse ejecutado en su contra una orden de aprehensión, pero no existe una firme seguridad de la participación del individuo en los hechos que se investigan y menos aún acerca de su culpabilidad. Es ahí donde precisamente se hace consistir la violación a los derechos humanos inherentes al sujeto sometido a la prisión preventiva.

Tomando en cuenta ahora esta última situación, debemos en principio considerar, desde el punto de vista jurídico, los fundamentos legales que dan sustento a la privación de la libertad del individuo previo a su sometimiento a un proceso penal, que de manera principal en nuestra nación serían los artículos 16 y 19 constitucional, ya que en el primero se señalan en los V, VI y VII, donde se indican las formas permitidas para detención de un individuo y las formas en que se debe proceder en ese sentido. Todo esto en concordancia con el artículo 20, inciso B, fracción IX, del mismo cuerpo de leyes federal, y con el del artículo 19 que textualmente señala: "*Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. La ley determinará los casos en los*

*cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso*³.

De este fragmento de nuestra Carta Magna, vemos claramente que si bien es cierto que en un momento dado se considera como violatorio de derechos humanos someter a detención preventiva al individuo, también lo es que se ofrece un fundamento inalterable, relativo a la obligación del Ministerio Público de garantizar que el inculcado se presente a deducir sus derechos y sobre todo a responder de las acusaciones que pesen en su contra, no solamente con el objetivo de encausarle penalmente, sino con la legítima y jurídica intención de que manifieste lo que a su derecho convenga, con la finalidad de que se conozca la verdad histórica de los hechos, que es el objetivo que de buena fe deben perseguir los organismos encargados de la procuración de justicia. En esa búsqueda de obtención de cumplimiento del deber constitucional de la fiscalía, se deberá recurrir a la detención provisional del individuo,

Como podemos ver, de la redacción misma del artículo transcrito se desprende una disposición jurídica que obliga a la autoridad judicial a imponer de oficio la detención preventiva, pero a la vez también dispone que esta situación se reserve solamente a los delitos considerados como graves y especifica algunas conductas que se consideran de alto impacto social. Huelga decir que, de acuerdo con las características de las posibles personas que podrían participar de esos hechos, la detención a efecto de garantizar su comparecencia a proceso se hace una necesidad imperante sobre cualquier derecho que pudiesen tener esos individuos, sin conceder con ello que se les prive de los mismos, puesto que ésa no es la esencia de la norma aludida.

Al mismo tiempo, de dicha disposición constitucional deriva además una sugerencia velada, que estriba precisamente en los mismos razonamientos expuestos en el párrafo precedente, es decir, la posibilidad de buscar alternativas más allá de la prisión provisional, y que a la vez puedan garantizar de forma eficiente el cumplimiento de las políticas criminales establecidas en cuanto a las conductas ilícitas, sin tener que violentar ninguna norma protectora de derechos humanos.

Al respecto, podríamos hacer una comparación en relación con otra nación de América Latina, que también ha mostrado gran preocupación por los derechos de los individuos sometidos a prisión, como lo es Brasil, de donde han surgido grandes pensadores y defensores humanitarios, tal cual se trata del Distinguido Maestro Dr. Cé-

sar Oliveira de Barros Leal, quien en su obra *La Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos*, señala lo siguiente: “...*que es consensual el razonamiento de que no hay una piedra filosofal, una solución mágica para la violencia, y que su contención no se hace solamente a través de medidas represivas sino también mediante políticas públicas preventivas, de inclusión social, reformas de la legislación penal, procesal penal y de ejecución de la pena, así como el fortalecimiento de las defensorías, de los ministerios públicos y del poder judicial. En aquel Congreso déjese claro que bajo el velo de la prevención, de aquella que es “difícil, pero es la única posibilidad”, se cobijan discursos engañosos que en una retórica superficial ocultan, por una parte, la inercia ante la vorágine de la violencia y la incapacidad de obtener buenos frutos en tanto que no haya disposición política y sensibilización general y, por otra parte, una absoluta ineficacia en relación con los delincuentes profesionales, extorsionadores y mafiosos.*”⁴

Como vemos de manera muy sencilla y concreta el Dr. Barros Leal nos deja ver que la clave de la solución del problema está precisamente en la prevención, pero no en aquella que se basa en la detención previa del sujeto considerado como inculcado, sino en la que se nutre de acciones y estrategias que permitan erradicar los ilícitos, a partir de acciones del estado que logren involucrar a los sectores más marginados o desfavorecidos, con el objetivo de que sus alternativas de vida se mejoren, y por ende eviten su involucramiento en dinámicas criminales que los lleven a la posibilidad de verse en situación de privación de la libertad bajo cualquier supuesto.

Es menester recordar también todas aquellas consecuencias que se derivan de una detención preventiva, hasta cierto punto legal, pero a la vez en cierto momento innecesaria y sobrevaluada, y que no necesariamente tiene que ver con lo jurídico, sino con situaciones más mundanas, es decir, la serie de riesgos físicos y sociales a los que se somete a los privados de su libertad, y que en el peor de los casos, podría incluso acarrear hasta la muerte, ya que es bien sabida la cantidad de casos en los que personas bajo el régimen de la prisión preventiva, sin que hasta ese momento quede firme su calidad penitenciaria, han sido víctimas de las peores vejaciones cuando que no de daños a su integridad física. A ese respecto, “*Ciudad Juárez, México.- Al menos 17 reos murieron luego de una riña que derivó en un enfrentamiento a tiros en la prisión de la localidad fronteriza de Ciudad Juárez. El vocero de la alcaldía de Ciudad Juárez, Manuel*

del Castillo, informó a la prensa que todo inició la noche del lunes cuando algunos presos entraron a un área de prevención para agredir a otros reos. Agregó que los reos muertos, incluida una mujer, enfrentaban procesos por delitos como homicidio, extorsión, secuestro y robo. El portavoz de la Fiscalía del estado de Chihuahua, Carlos González, informó que los presos tenían armas de fuego y la policía investiga cómo ingresaron al penal. El vocero de la prisión, Héctor Conde, dijo inicialmente que los reos intentaban fugarse. Del Castillo señaló que no se registró ningún escape e informó que otras cuatro personas resultaron lesionadas en el enfrentamiento, pero no las identificó. “Las primeras investigaciones indican que todo se originó por internos de las habitaciones 16 y 17 que ingresaron al área preventiva a agredir directamente a 13 reos que se encontraban en el lugar”, señaló el vocero municipal.”⁵

Como vemos, este asunto mencionado en el párrafo precedente, se ha convertido en una preocupación de características mayúsculas, y que se ha venido repitiendo con los años, pero una proporción mayor al anterior, es decir, que los efectos nocivos a la integridad física y la seguridad de los reos se han incrementado al paso de los años, y hacen cada vez mas intolerables las condiciones de estadía dentro de un centro penitenciario, cualquiera que sea la categoría bajo la que se encuentre el preso.

Existen múltiples estudios que así lo demuestran; como ejemplo de ello se encuentra el trabajo de análisis socio jurídico de los Doctores Marcelo Bergman y Elene Azaola, profesores e investigadores de la Universidad de San Diego, quienes han dedicado múltiples investigaciones sobre a las condiciones de las cárceles en México y otras naciones, de cuyo trabajo *Cárceles en México: Cuadros de una Crisis*, se desprende un párrafo muy interesante que ilustra ampliamente la problemática del interior de los centros de encarcelamiento de nuestra nación, la que dicho sea de paso no es la única con estos problemas como veremos con posterioridad: “otro tema de gran importancia es la seguridad interna en el penal. Debido a que los internos en ciertas instancias se sienten intimidados o sus respuestas pueden no ser correctas, el problema es en todo caso mayor. Es decir, las siguientes cifras pueden estar subestimadas. En 2005 el 72% dijo que se sentía menos seguro en la prisión que en el lugar donde residía antes de ingresar y un 20% de los internos afirmó que no se sentía seguro en su celda. 56% refirió haber sufrido robos en la institución, algunos hasta en más de diez ocasiones, y 10% reportó haber sido golpeado por custodios

o por otros internos durante los últimos seis meses. De acuerdo a la constitución mexicana y a la perspectiva oficial, los reclusorios son centros de readaptación social. Por lo tanto, el objetivo de la condena es en primera instancia la reforma de la conducta de los internos.”⁶

Podría pensarse que esto sucede de manera aislada pero no es así. Cada vez son más frecuentes los incidentes relativos a hechos de sangre al interior de las prisiones, en México y en otras partes del planeta, motivado principalmente por lo mal administrados que están los centros penitenciarios, generando con ello sobrepoblación, hacinamiento, y como consecuencia lógica de estas situaciones un ambiente muy volátil en los que se refiere a condiciones de seguridad y de tratamiento de los detenidos. Ellos no necesariamente están ahí por causas graves, sino que, a veces, por delitos de mínima cuantía o peligrosidad para la sociedad en su conjunto, dando con ello pie a un gran incremento a la cantidad de inculpados no condenados, quienes ocupan un espacio físico que quizá un penado en definitiva podría utilizar, dejando así un gran déficit en lo que a este rubro se refiere.

A continuación se muestra de forma muy breve una serie de datos que corroboran lo descrito en previas líneas de este trabajo investigativo, y que corresponden al texto del excelente libro *La Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos*, de mi querido amigo y maestro, Don César Oliveira de Barros Leal: “La sobrecarga de población, un mal endémico del que casi ninguno de los países de la región está exento, uno de los cuatro jinetes del Apocalipsis penitenciario, (los demás son las instalaciones inadecuadas, la ausencia de autentico tratamiento, la falta de idoneidad del personal que general ilegalidades, abuso de poder y corrupción), tiene múltiples causas, tales como: a) El aumento de la criminalidad, los secuestros y los robos con violencia están entre los delitos que más crecieron en América Latina; dígame con énfasis que los índices delictivos son perjudicados, conforme a las encuestas de victimización, por las cifras negras (chiffres noir, dark numbers o dark figures, que Luigi Ferrajoli llama cifras de ineficiencia) por igual marcadamente ascendentes. b) El rezago judicial; en la mayor parte de los establecimientos penales de América Latina y el Caribe, “más de 70% de la población no ha sido sentenciada debido a la lentitud de los procesos judiciales y, por lo tanto, se trata de personas presuntamente inocentes. c) La sobreutilización de la pena de cárcel, con alto porcentaje de internos a la espera de una sentencia, que puede ser condenatoria o absolutoria (90% en Honduras,

76% en Guatemala y 67% en Panamá); muchos permanecen enclaustrados durante años, a veces por tiempo superior a aquel que la sentencia les impondría en caso de que fueran condenados. Así se refiere al tema Rosa del Olmo, socióloga venezolana, autora de *América Latina y su Criminología*: “Una gran proporción de la población carcelaria está conformada por pequeños ladrones, quienes frecuentemente pasan más tiempo en prisión esperando sentencia que lo establecido legalmente por los delitos de hurto, violándose el Principio legal de la Presunción de Inocencia establecen los códigos penales que, siguiendo la tradición europea, definen los delitos y sus respectivas penas, y también el Principio del Debido Proceso. Así, la pena adquiere otro significado y pierde su función original. Otros pasan largos periodos dentro de la cárcel para eventualmente ser liberados luego de ser encontrados no culpables. d) El endurecimiento de las penas; en Brasil, es el caso de los crímenes horrendos -llamados hediondos-, no susceptibles de fianza, ex vi de la Ley n. 8. 072, del 25 de julio de 1990; en Costa Rica, los crímenes sexuales y el homicidio, cuya sanción fue elevada; y en Honduras, la cadena perpetua (life sentence) que se ha implantado. e) La aplicación de medidas administrativas de modo arbitrario o demasiado lento por el personal técnico, en aquellos países donde funcionarios y no jueces tiene la facultad de concesión de los beneficios de pre liberación. f) La insuficiencia de plazas penitenciarias (En Colombia, en 1977, las 168 cárceles acomodaban 40,590, en un espacio diseñado para 28,332 presos; en México en noviembre de 2003, el déficit era de 40,000 camas (bed capacity y en Brasil, en 2006, ascendían a 117,992). g) La renuencia de las penas alternativas, por parte de ciertos jueces fiscales que, aun cuando disponen de medios para ejecutarlas con éxito, hacen de la vista gorda y optan por la pena privativa de libertad, sobre cuya aplicación, además, no tienen control. A los que minimizan las ventajas de esas penas les convendría conocer por entero el tenor del Acto de Justicia Criminal, de Inglaterra, en el cual se afirma, con acierto, que ninguna persona será enviada a la cárcel a menos que la autoridad judicial considere que la infracción cometida es de tal gravedad que la única forma de proteger a la sociedad sea la privación de su libertad.”⁷

A simple vista se perciben varias concordancias en las ideas de los autores reseñados en este trabajo de opinión, todos de distintas nacionalidades y grados de preparación y experiencia, pero que inciden en los mismos puntos álgidos, en lo que respecta a su visión del mundo carcelario en

relación la sujeción a confinamiento en el de forma provisional. Tales son la violencia a la que se somete a los inculpados, la baja calidad de vida durante el tiempo que duran sus procesos, y en los que lejos de considerar los principios de legalidad y exacta aplicación de la norma, es todo lo contrario, violando con ello la garantía de presunción de inocencia. En todo caso se les priva de la libertad, sin la certeza de su culpabilidad o participación en los hechos que se les imputa, dejando como parte final de este comentario la situación del olvido o reniego hacia otras alternativas, que procuren un ejercicio efectivo de la justicia penal, a la vez que se respetan esos derechos fundamentales a favor de los encausados.

En ese mismo sentido vale la pena reconocer a las alternativas mencionadas en el punto que precede una característica especial como lo es que tiene para la autoridad o los operadores de la justicia criminal una obligación constitucional contenida en el supuesto normativo establecido en el numerar 17 párrafo cuarto, de la Carta Magna de México, que reproduzco íntegramente: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.”⁸

En ese orden de ideas, podemos percibir que la disposición antes transcrita no sólo tiene carácter de obligatoria, sino que se considera como una garantía de legalidad inalienable, ya que señala en la autoridad encargada de la resolución de conflictos un deber jurídico de buscar una disyuntiva en ello. Es decir, les es inexcusable a los operadores jurídicos de esa materia encontrar otros medios menos drásticos tal cual se considera la prisión preventiva, y se deja entrever la opción de resolver una polémica penal obviamente bajo la supervisión de la autoridad judicial cuando el caso así lo amerite. Es aquí donde se abre la gama de posibilidades distintas a la prisión preventiva, la que de acuerdo con la mayoría de los estudios elaborados por diversos pensadores en materia penal y de las consecuencias jurídicas del delito, en los más cercanos y distantes puntos del orbe debería ser tomada como de *ultima ratio*, es decir, como solución final y sólo bajo presupuestos legales extremos.

No bastará solamente con considerarlo como la única forma de proteger a la sociedad sino más bien como una necesidad extrema que sólo debería considerarse en situaciones cuyo impacto social sea en verdad dañino y tratar de voltear hacia terrenos menos escabrosos, y así evitar en la medida de lo posible violentar las garantías de los

inculpados y más aún poner en riesgo su integridad física con detenciones provisionales que poco o nada resuelven al diario ejercicio de la autoridad penal.

Si partimos de la premisa, nunca bien interpretada de la necesidad de garantizar que el inculcado responda ante la autoridad investigadora o judicial por supuestos hechos delictivos a él atribuidos, debemos también considerar que ese menester no necesariamente implica o significa arrojarle en una celda mal cuidada y peligrosa en muchos sentidos, sino que asume la postura de que se debe buscar, entre varias alternativas, alguna que logre ese propósito, y que siempre debería estar en función de la gravedad de la falta atribuida al sujeto, ya que no debemos mezclar ni confundir el de que no es lo mismo cometer una conducta ilícita de bajo impacto o mínimo peligro para la sociedad que hacerlo con una que está dentro de la esfera de las consideradas como graves.

Por supuesto, por la cantidad de afectaciones a bienes jurídicos de las más diversas índoles jurídicas, humanas y morales, y más aún por el riesgo a que someterían a la sociedad misma si es que aquellos que se encuentran en ese supuesto continúan en libertad, y en base a su propia peligrosidad y quizá desprecio por las reglas sociales, se les debe entender como intolerantes de las reglas y por ello entonces en un perfecto contrasentido, aislarlos de todo aquello a lo cual no están dispuestos a respetar.

Un punto álgido en función de estos razonamientos es que la misma autoridad se ha preocupado desde hace tiempo por intentar implementar este tipo de alternativas legales, tal cual se refleja del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, específicamente en la estrategia 6.3, que a la letra dice lo siguiente: “*Reconstruir los mecanismos de caución y readaptación social. La sobrepoblación crónica en los centros de reclusión es un obstáculo para la aplicación de la ley en su interior y para garantizar condiciones dignas a los reclusos. Además de las estrategias encaminadas a reducir el tiempo necesario para dictar sentencia, se diseñará y aplicará un nuevo esquema de prisión preventiva, y se facultará al juez para imponer medidas cautelares durante el desarrollo del proceso. Se analizará la pertinencia de medidas alternativas como la vigilancia electrónica, el arraigo territorial, la caución, la vigilancia a cargo de determinada gente o instituciones, y el sometimiento a instituciones de educación, entre otras.*”⁹⁹

Del texto anterior podemos fácilmente determinar que es una preocupación prioritaria del

Estado Mexicano el buscar disminuir los casos de práctica de la prisión preventiva para sustituirla por otras menos dañinas emocional y jurídicamente, en perjuicio de los inculcados de conductas delictivas.

Son muchas las alternativas que se pudiesen adoptar en este asunto de la detención provisional, cuyo espíritu se entiende legítimo pero equivocado en muchas formas y más por el hecho de los derechos humanos que violenta o podría violentar. Con el ánimo de no hacer este ensayo aburrido e innecesariamente extenso, solamente me referiré a dos opciones que desde mi óptica jurídica tienen aplicación en nuestra nación y seguro estoy también podrían implementarse con gran éxito en el resto de los países del mundo.

Una de las formas que considero de las más apropiadas para resolver esta primera tarea de encontrar caminos distintos a la prisión preventiva sería, por ejemplo, la vigilancia electrónica a distancia, la que, sin apelar en gran medida al imperio de la ley, es decir, sin tomar mucho en cuenta la prioridad jurídica de demostrar la culpabilidad o inocencia de un inculcado, se pudiese aplicar sin que ello signifique un daño a la integridad corporal del individuo, ya que una de las preocupaciones principales que atañen al uso de la práctica de la detención preventiva precisamente estriba en la idea de que al aplicarla se violentan los derechos humanos. Si bien es cierto que el imponer al inculcado un dispositivo de seguimiento o localización electrónica pudiese significar en su vida diaria un acto de molestia, también lo es que le resultaría menos oneroso en muchos sentidos, puesto que podría continuar con sus actividades cotidianas, con cierto nivel de restricciones pero al menos sin estar separado de su familia, trabajo o posesiones más elementales y necesarias, y mejor aún, sin exponerse a los riesgos de un sistema penitenciario fallido y poco oferente de garantías de seguridad física y moral.

Son muchas las aplicaciones prácticas que se pueden obtener de estos artefactos de localización a distancia, principalmente las que se relacionan a la posibilidad de evitar el aprisionamiento del sujeto inculcado, puesto que es esa precisamente la mayor queja en relación a los impactos que producen en el ánimo de los indiciados privados de su libertad, quienes reclaman, además, como una premisa fundamental de su malestar la falta de seguridad jurídica, derivada del incumplimiento de la obligación constitucional de no imponer al indiciado ningún tipo de represalia. Esta alternativa tecnológica si bien restringe de alguna manera la libertad del individuo, también a la vez la protege,

dada la posibilidad de que el sujeto continúe en cierta medida con sus actividades personales de forma casi normal.

No es óbice esta consideración para advertir que el uso de esas tecnologías también podría tener sus bemoles, puesto que el portarlo no se garantiza de ninguna forma que el usuario respete las normas jurídicas establecidas por el Estado en el entorno social en que éste se desarrolle y no se puede evitar que el mismo usuario destruya el dispositivo o cometa conductas inadecuadas. Al portador del artefacto electrónico se le podría localizar o de menos ubicar en la escena del crimen de manera muy sencilla, ya que los localizadores están directamente conectados con los aparatos G.P.S. (*Global Positioning System*). A partir de su uso y sistematización se podría lograr un avance trascendental en la labor de la prevención de los ilícitos, o por lo menos la rápida ubicación y captura de los responsables. Esta ventaja por supuesto no deja de tener sus antagonistas, y peor aún sus detractores, quienes conforman toda una gama de oposiciones al uso de estos sistemas, aunque desde el punto de vista de quien esto escribe palidecen ante el cúmulo de utilidades prácticas que se pueden imponer del uso de estos aparatos, y todo debido a la mejoría en los trámites relativos a la persecución del delito. En lugar de someter al indiciado a una innecesaria y prácticamente adelantada pena de cárcel, se le da una oportunidad de mantenerse en libertad.

Por ello, vale la pena hacer de manera muy breve algunos recuentos de los casos de éxito, y por supuesto lo contrario, es decir, las situaciones adversas al uso de esta tecnología de ubicación física de las personas, en un afán de tratar de determinar si es más o menos factible implementar estos artefactos. Podríamos en primera instancia referir el trabajo del jurista brasileño Dr. César Oliveira de Barros Leal, contenido en su libro "La Vigilancia Electrónica a Distancia", en donde menciona lo siguiente: "En Chihuahua, el Programa de Vigilancia Electrónica fue implantado por el Gobierno del Estado en el año 2003. En el pueden participar condenados por delitos del fuero común, excepto los previstos en el artículo 74 del Código Penal¹⁰, que hayan cumplido el 25 % de su sentencia –debiendo con anterioridad ser recomendados por el CTI del Centro de Reinserción Social–, así como las personas a quienes se ha dictado una medida cautelar por la autoridad judicial. Los requisitos técnicos para el ingreso al Programa son: domicilio con luz eléctrica, cuya ubicación tenga cobertura de red telefónica celular, teléfono residencial con línea terrestre, supresión de servicios digitales

adicionales, límite de diez minutos, el máximo de tiempo para llamadas telefónicas. El costo del ingreso es de treinta mil pesos, que pueden ser pagados al contado o en amortizaciones mensuales. En lo que atañe a los procesados, los gastos son asumidos por el Estado....Integran el equipo un brazalete-transmisor, resistente a agua, con protección contra cambios de temperatura y manipulaciones; un GPS asegurador del rastreo en tiempo real; una unidad –MEMS 3000– que supervisa la presencia en el domicilio, hace el reconocimiento facial automático del usuario y pruebas de alcoholemia, identificando los niveles de alcohol en el aliento; y una unidad receptora DCU Celular, con la tecnología GSM. Desde la terminal del sistema, en la Estación Técnica de Monitoreo –que conocí en marzo de 2009, en compañía de la Dra. Ruth Villanueva Castilleja, mi tutora y de la Lic. Nancy Ivonne Daniels Márquez, Magistrada del Tribunal Superior para Menores–, y ubicada en el Complejo Estatal de Seguridad Pública C4, es posible ver los mensajes remitidos por los receptores y tomar las providencias necesarias como el alta de nuevos ingresos y el manejo de las transgresiones. Al dispararse una alarma, el hecho es de inmediato comunicado al abogado responsable, vinculado al Programa, a quien compete definir cómo actuar en esas circunstancias y cuáles son las consecuencias de signo personal y jurídico."¹¹

Como vemos del texto del apreciado Maestro Barros Leal, se desprenden muy interesantes situaciones que permiten optar por una alternativa mucho menos onerosa, al menos en lo que a la libertad personal atañe, ya que al analizar los costes para el usuario, podríamos de una forma muy sencilla y apelando a la matemática más simple, hacer una suma de los gastos que implica, por el momento, en el Estado mencionado en el párrafo transcrito el adherirse a ese programa alternativo a la prisión. Eso implica una serie de gastos, que evidentemente se actualizan conforme se ponen al día las situaciones financieras nacionales, pero contraponiéndolo con los gastos que implica la prisión, sin conceder que el estar bajo detención se deban erogar gastos especiales, se toma como agravante a esta situación el hecho, de que normalmente es el mismo detenido quien representa la mayor parte sino que es la única fuente de ingresos del hogar familiar. Entonces los ingresos se reducen y por consecuencia el resto de los miembros de la parentela tienen que buscar opciones de ingreso que no siempre son las mejores y por ello los gastos sostenidos en relación a proporcionar alimentos o implementos de uso diario para el reo tendrían que verse mermados y empeorar las con-

diciones ya de por sí precarias de los encausados. Eso sin tomar en cuenta lo que le cuesta al Estado la manutención de la población penitenciaria, la que generalmente está en mayor proporción representada por un porcentaje mucho mayor de aprisionados no sentenciados y sometidos a detención preventiva que los que ya han recibido una resolución final de sus procesos penales. Al respecto vale la pena referir que: *“La manutención de los casi 100 mil internos en México que no han recibido sentencia asciende a cuatro mil 400 millones de pesos anuales, a pesar de que la mayoría de los detenidos cometieron delitos menores a los seis mil pesos y en el caso de narcomanejo obtuvieron ganancias de menos de mil 600 pesos. El Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública (CESOP) de la Cámara de Diputados presentó un análisis con base en cifras de la Secretaría de Seguridad Pública y el sistema penitenciario, en el que se revela que cada recluso cuesta al erario 130 pesos diarios. “La mayoría de los presos tienen pendientes condenas por robos simples, 25% por robos de menos de mil pesos, 50% menos de seis mil pesos, y sólo 5% fueron encarcelados por más de 75 mil”, explica el documento. En el caso de delitos contra la salud, el estudio detalla que el valor promedio obtenido por la venta de drogas es de mil 168 pesos, y sólo 10% de los casos exceden los tres mil 900 pesos. “En suma, los que abundan no son los grandes traficantes, sino los comerciantes pequeños y probablemente, consumidores”, apunta el documento.”*¹²

Si hacemos un análisis comparativo entre los gastos que se refieren en la nota periodística antes mencionada y las erogaciones económicas referentes a la vigilancia a distancia, fácilmente podemos apreciar que el monto entre uno y otro es muy distante, es decir, resulta mucho más económico buscar compartir el gasto del servicio de localización remota de procesados que ingresarlo a una prisión insegura y costosa, amén de la cantidad de violaciones sistemáticas a derechos humanos y a la integridad física de quienes se encuentran privados de su libertad en esos establecimientos.

Para no hacer a un lado el tema negativo que siempre ennegrece el horizonte de toda propuesta, resulta prudente reconocer que los sistemas alternativos de seguimiento de procesados o indiciados no siempre resultan ser todo miel sobre hojuelas, ya que existe una gran cantidad de detractores que critican y satanizan esas prácticas, tachándolas incluso de ser discriminatorias y probablemente una causa y motivo de extensión de los organismos de control oficial, lo cual se podría traducir en una especie de tiranía moderada, al poder co-

nocer en todo momento los movimientos y actos de aquellos que se han sometido a estas tecnologías alternas, sin tomar partido al hecho de que esta opción les podría evitar más de un disgusto, como se ha visto en los puntos que al respecto menciono en este trabajo.

Aun así, vale la pena mencionar que entre los factores de desprecio hacia estas tecnologías sustitutivas de la prisión provisional o definitiva está en primer lugar la cuestión de la inconstitucionalidad entendida como la forma en que se invade la esfera de la intimidad domiciliaria, consagrada en el artículo 16 de la Carta Magna, en el que se señala de manera fundamental la imposibilidad de causar “actos de molestia” en el domicilio, papeles, posesiones, etcétera, del individuo, si no existe una previa disposición judicial fundada y motivada, que así los justifique. Si hacemos una crítica selectiva y analítica de dicha garantía de seguridad jurídica, veremos que efectivamente se podría considerar como una violación el colocar artefactos de esta índole en el domicilio y persona del inculcado, y que en el momento en que esto acontece no se ha demostrado todavía cabalmente la culpabilidad del mismo, como se ha venido insistiendo en estas líneas. Evidentemente, esto tendría que traer como consecuencia una bien planeada y profunda reforma constitucional, en la que se establezcan excepciones a la regla, y que en este caso se trataría de implementar mecanismos legales en los que se permita adoptar este tipo de tratamiento a los inculcados sin llegar a constituir una violación a sus garantías y derechos humanos, sino que por el contrario lo acepte y entienda como un beneficio quizá equiparable a la libertad bajo caución.

Por otro lado, se menciona también en las críticas dirigidas al ejercicio de la vigilancia a distancia, una hipotética extensión del control estatal, a partir de la observación y del constante monitoreo de los sometidos a este sistema, una especie de extensión de la técnica panóptica observadora, día y noche de las acciones del procesado, en la que sin estar físicamente presente, pero sí auxiliado por una serie de artificios electrónicos, se mantiene un record casi perfecto y constante de los movimientos del usuario, que de alguna manera constriñen su intimidad, al no darle un real sentido de la privacidad, toda vez que no se necesita del ojo escudriñador del carcelero pues este ha sido sustituido por un ordenador y una central receptora de señales GPS. Aun así, en todo caso, al considerar al Estado como una especie de gran entidad represora y vigilante, se tiene la necesidad de concederle especiales atribuciones tales como

la innecesaria posesión de una orden de búsqueda en la intimidad del domicilio particular, que por definición se sabe es necesario sea ordenada por la autoridad judicial, al cumplir con una serie de requisitos legales insalvables y en el particular, prácticamente se le concede a las autoridades monitoras de una facultad solamente reservada a una judicatura, sin importar que se cumpla con las formalidades que el caso amerita, dado que la permisividad de la misma norma al respecto contravendría ese supuesto de respeto por la intimidad ajena.

Como vemos, no deja de preocupar las implicaciones violatorias a garantías individuales de las personas el hecho relativo a la vigilancia electrónica a distancia como medio alternativo a la prisión preventiva, actualmente aceptada por la mayoría de los países avanzados en materia penal, y luego como una nueva alternativa no sólo para este supuesto sino también en los casos que se pretenda asegurar la presencia de un inculpado, ante la autoridad judicial que ha de procesarle.

Como seguramente el lector podrá percatarse, no es dable a todas las conductas inadecuadas consideradas delito, sino sólo para aquellas cuyo impacto social es de mínimo daño. Obviamente,

también tendrá que tomarse en consideración la personalidad criminal del pretense usuario, y que en el momento en que se decida aplicarle o sugerirle esta nueva forma de prevención de sustraerse a la acción de la justicia, no se provoque con ello la repetición de las conductas que lo pusieron en esa situación: en primer lugar, la molestia a la víctima o víctima del hecho o sus testigos; peor aún, la comisión de nuevas acciones ilícitas, lo que se contrapone por completo a la legítima intención de prevención y erradicación del delito, ya que no se logra el objetivo de desalentar a las personas acerca de llevar a la práctica conductas inadecuadas.

Por lo visto, no es una tarea sencilla. Por un lado, se debe preservar los derechos de la víctima y la seguridad jurídica que a ello atañe, es decir, lograr un ejercicio transparente y efectivo de la justicia; pero, por otro, no menos importante, proteger los derechos humanos de los posibles sujetos sometidos a un proceso penal que lleve aparejada la prisión preventiva, con las consecuencias que ampliamente hemos manejado en el cuerpo de este trabajo de crítica y análisis de los distintos criterios asumidos por nuestra nación y algunos países del orbe, especialmente Brasil, que comparte en gran medida los contenidos en cuanto a norma de tratamiento de prisioneros y derechos humanos.

NOTAS

1. Rodríguez y Rodríguez, Jesús, La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado, Ed. U.N.A.M., p. 91.
2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. RAF, p. 31.
3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. RAF, p. 29.
4. La Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos, Oliveira de Barros Leal, César, Ed. Porrúa, p. 8.
5. Internet: AOLNOTICIAS, <http://noticias.aollatino.com/2011/07/26/rina-prision-ciudad-juarz-mexico/> web page. Revisada: 29/09/2011.
6. Cárceles en México: Cuadros de una Crisis, Bergman, Marcelo, Azaola, Elena, Urvio: Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana, p. 83.
7. La Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos, Oliveira de Barros Leal, César, Ed. Porrúa. pp. 63 a 65.
8. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. RAF, p. 26.
9. Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, Gobierno Federal, Diario Oficial de la Federación, 31 de mayo de 2007, p. 44.
10. Artículo 74.- La libertad preparatoria no se concederá al sentenciado por los siguientes delitos graves previstos en el artículo 145 Bis del Código de Procedimientos Penales: terrorismo, sancionado en los términos del artículo 116; sabotaje, previsto por el artículo 117; tortura, sancionado en los términos del artículo 135; el encubrimiento por favorecimiento, sancionado en los términos del segundo párrafo del artículo 156; lenocinio, sancionado en los términos del artículo 176; delito en materia de inhumaciones y exhumaciones sancionado en los términos del segundo párrafo del artículo 191; homicidio, sancionado por los artículos 194 ter, 195 bis y 211 ter; parricidio, sancionado en los términos del artículo 212 y del primero y último párrafo del artículo 213, tráfico de menores e incapacitados, previsto en el artículo 231; violación, previsto por los artículos 239, 240, 241 y 242 y secuestro, sancionado en los términos de los artículos 229, 229 Bis y 229 Ter.
11. La Vigilancia Electrónica a Distancia, Oliveira de Barros Leal, César, Ed. Porrúa, pp. 105 y 106.
12. Internet: El Informador.com.mx, <http://www.informador.com.mx/mexico/2010/212128/6/presos-en-mexico-cuestan-mas-de-cuatro-mil-mdp.htm>, 4/10/2011.

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS EN LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA



Jean-Michel Arrighi
Secretario de Asuntos Jurídicos de la OEA.

1. LA IDEA DE DEMOCRACIA EN LOS INICIOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Pocos vocablos tienen tan larga, errática y confusa historia como la de la palabra “democracia”. Nacida varios siglos antes de Cristo, en Atenas, fue luego relegada al olvido por muchos siglos hasta que resurgiera en el siglo XVIII de la mano de las revoluciones americana y francesa. A partir de ahí se expandiría por todo el occidente donde se le fueron dando significados muy distintos y adjuntándole los más variados adjetivos (popular, nacional, social, representativa, participativa, etc.). Difícil será a partir de entonces encontrar algún gobierno sea cual sea su origen o su forma de organización que no se auto-denomine “democracia- algo...” o que, por lo menos, no diga tener por objetivo, por los métodos y caminos más variados, restablecer, fortalecer o promover alguna forma de gobierno democrático.¹

Y de ello sobran los ejemplos en todo el continente desde los albores de la independencia al tiempo en que los caudillismos arrastraron a las divisiones nacionales, condujeron a sangrientas luchas civiles y dieron nacimiento a las peores formas de autoritarismo.

En 1889 se celebró en Washington la Primera Conferencia Internacional Americana, punto de partida del sistema interamericano, con el propósito de acordar medios para asegurar la paz entre las naciones del continente y permitir la cooperación y el comercio entre ellos. A partir de allí, en las sucesivas conferencias, se irá desarrollando un rico tejido de normas comunes y de instituciones que aseguraron que a lo largo del siglo XX el continente americano fuese no sólo el más pacífico de los continentes en las relaciones interestatales sino que sirviera de cuna y de ejemplo para la construcción de un orden jurídico internacional que rechazase la conquista y el uso de la fuerza, que respetase la igualdad jurídica de los estados, que reconociese el principio de no intervención en los asuntos internos, que buscase la solución pa-

cífica de las controversias. Asimismo se fueron construyendo instituciones comunes que, también, serían un modelo seguido más tarde a nivel universal. Baste citar como ejemplos la constitución del Comité Jurídico Interamericano, de la Comisión Interamericana de Mujeres, del Instituto Interamericano del Niño, de la Organización Panamericana de la Salud, la propuesta en 1890 de un banco regional de desarrollo, más tarde el BID, para culminar a mediados de siglo con la organización política regional, la OEA² y luego la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Ya en los años treinta se aprobaron las primeras resoluciones emanadas de estas conferencias que hablan de democracia. En 1936 la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, convocada en Buenos Aires, aprobó entre otras resoluciones, la “Declaración de Principios sobre Solidaridad y Cooperación Interamericanas” la que, en su párrafo primero declara:

“Que las Naciones de América, fieles a sus instituciones republicanas, proclaman su absoluta libertad jurídica, el respeto irrestricto a sus soberanías y la existencia de una democracia solidaria en América.”³

De “democracia solidaria” se habla en esta declaración. Nada se dice sobre el sentido de esta adjetivo que no volvería a aparecer.

Dos años más tarde, la Octava Conferencia Americana, reunida en Lima, adoptó una recomendación a los Estados Americanos para que difundan a través de sus sistemas nacionales de enseñanza

“el conocimiento de los principios democráticos sobre los cuales descansan las instituciones políticas, sociales y económicas de las naciones de América.”⁴

Ya sólo se habla de “democracia”, sin adjetivos. Y un año después, en Panamá 1939, la Primera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, en la que se declara la neutra-

lidad con relación al conflicto europeo, se aprueba una declaración denominada de "Protección contra las ideologías subversivas del ideal interamericano" en la que se reafirma la "adhesión al ideal democrático"⁵. En ese entonces las ideologías subversivas eran unas; los tiempos irían cambiando – y es buena parte de la historia de la aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca durante las décadas de los sesenta y setenta- y las ideologías subversivas serían otras. En unos casos los gobiernos que así hablaban de "democracia" sin adjetivos, eran lo que hoy llamaríamos democráticos, en otros casos los que hablaban de democracia eran lo que siempre fueron formas dictatoriales y autoritarias de gobierno, se autodenominen de la forma que quieran.

Hubo también a lo largo de todos estos años intentos unilaterales de no reconocer a aquellos gobiernos surgidos de la ruptura del orden constitucional, pero que no tuvieron mayor éxito en cuanto a lograr el apoyo de la comunidad interamericana. Recordemos las declaraciones de los cancilleres Tobar de Ecuador en 1907 o Larreta de Uruguay en 1945. Algún intento subregional tampoco tuvo larga vida, tal el Tratado de Amistad de los países de América Central de 1923.

Terminada la segunda Guerra Mundial, las potencias aliadas triunfantes, con distintas ideologías y formas de gobierno, no incluyeron la palabra "democracia" en el texto de la Carta de las Naciones Unidas. En cambio cuando en 1948 los Estados Americanos establecieron la Organización de los Estados Americanos se refirieron a ella tanto en su Preámbulo como en su artículo 5 (actual artículo 3).

Dice el tercer párrafo del Preámbulo de la Carta de la OEA:

"Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre."

Y el artículo 5 (actual artículo 3):

"Los Estados Americanos reafirman los siguientes principios:.....

....d) la solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa."

A partir de entonces se hablará de "democracia representativa".

Será una de las tareas de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, reunida en Santiago de Chile en 1959, la de describir los elementos de la democracia así adjetivada.

2. LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Ya vimos cómo el Preámbulo de la Carta del 48 habla de "instituciones democráticas" y de "respeto de los derechos esenciales del hombre". Al mismo tiempo, y en la misma Conferencia, los Estados Americanos también adoptaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, instrumento pionero, que, entre otros derechos, reconoce el de sufragio y participación en el gobierno. Dice:

"Artículo XX. Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres."

La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de 1959 fue convocada entre uno de sus propósitos para considerar "el ejercicio efectivo de la democracia representativa y el respeto de los derechos humanos,"⁶ vinculando ambos conceptos. Y en dicha Reunión por una parte se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se le encomienda al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de convención americana sobre derechos humanos y sobre la "creación de una Corte Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos"⁷ y por otra parte se enuncian los elementos de la democracia representativa.⁸ Asimismo se le encomendó al Comité Jurídico Interamericano el "estudio sobre la relación jurídica entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio efectivo de la democracia representativa."⁹

Veamos brevemente todos estos puntos que hacen de esta reunión un momento importante en la defensa de la democracia y la lucha por el respeto de los derechos humanos en la región. Acá también como en tantos otros aspectos de la evolución del derecho internacional, nuestro continente ha sido pionero.

En esta reunión se "enuncian, sin carácter enumerativo, algunos principios y atributos del

sistema democrático". Ellos son los que hoy todos compartimos cuando nos referimos a la "democracia", al punto que parece que así hubiese sido por los siglos de los siglos cuando apenas cubrió, a partir de los años ochenta la casi totalidad de nuestro continente y del continente europeo. En 1959 nuestros ministros de relaciones exteriores declararon que estos elementos eran, entre otros,

1. la independencia de los Poderes,
2. elecciones libres,
3. la no perpetuación en el poder de los gobernantes,
4. un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana,
5. medios judiciales eficaces para la protección de los derechos humanos,
6. la condena al uso de las proscripciones políticas,
7. libertad de información y de expresión,
8. condiciones de vida justas y humanas.

Esta enumeración mantiene hoy toda su vigencia. Pero al poco tiempo de ser adoptada otros vientos comenzaron a soplar en la región: guerra fría, dictaduras, luchas internas. Otras pasaron a ser las "ideologías subversivas", otros los medios de combatirlas, terrorismo de estado, doctrinas llamadas de "seguridad nacional", redes de cooperación de inteligencia militar con los peores fines. En muy pocos de los estados miembros de la OEA se respetaron estos atributos de la democracia. Habría que esperar hasta mediados de la década del ochenta para que se volviese a hablar de democracia en el seno de los órganos de representación gubernamental de la OEA tal como se le entendió en la reunión de 1959.¹⁰

Asimismo, en esta Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, integrada por siete miembros elegidas a título personal por el Consejo de la Organización, dada la estructura que entonces tenía la OEA., con el fin de "promover el respeto de tales derechos." Con la reforma a la Carta adoptada en 1967 y en vigor desde 1971, la Comisión fue incorporada como uno de los órganos de la Organización (actual artículo 53 e), sus miembros elegidos pasaron a ser elegidos por la Asamblea General y se dispuso que "tendrá como función principal la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esa materia", dejando para una posterior con-

vención interamericana sobre derechos humanos lo referido a su estructura, competencia y procedimientos (actual artículo 106 de la Carta OEA).

Habría que esperar hasta 1978 para que entre en vigor la mencionada convención¹¹ y aún hoy está lejos de haber sido ratificada por todos los países que integran la OEA. Entre tanto la Comisión debió, con los medios políticos y jurídicos de que disponía, hacer frente a la difícil situación por la que atravesaba el respeto a los derechos humanos en esos años sombríos para la región, adoptando resoluciones sobre casos individuales, dictando medidas y elaborando informes sobre la situación de los derechos humanos en numerosos países miembros.¹²

Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano elaboró el informe solicitado sobre las relaciones jurídicas entre democracia y respeto de los derechos del individuo, donde afirmó que si bien se habían creado en el derecho interamericano mecanismos e instrumentos para la protección de los derechos humanos no había sucedido lo mismo para la defensa de la democracia representativa.¹³ Habría que esperar hasta 1991 para que el Comité Jurídico retomase sus estudios sobre la democracia en el sistema interamericano.

El vínculo que se estableció en 1959 entre democracia y derechos humanos pronto se desataría. De la democracia no se volvería a hablar en el sentido y con los atributos enumerados entonces¹⁴ hasta mediados de los años ochenta. Y la lucha por la defensa de los derechos humanos debió hacerse en el más hostil de los entornos.

Empieza ahí una larga y rica historia que se prolonga hasta hoy donde la actividad de la Comisión, tanto en sus casos individuales como en sus relatorías temáticas o en sus informes por país, y la jurisprudencia de la Corte a través de sus fallos y de sus opiniones consultivas, han velado por el respeto de los derechos humanos, la defensa de las víctimas y el castigo de los culpables.¹⁵ Sobre ello se ha escrito mucho y mejor de todo lo que podría decir en este artículo, y a ello me remito.¹⁶

3. LAS NORMAS PARA LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA

Si bien la Carta de la OEA, como ya lo viéramos y desde su texto de 1948, dispuso que el "ejercicio efectivo de la democracia representativa" era un principio a ser seguido por los Estados Americanos, ninguna norma daba competencia a la organización misma para asegurar su cumplimiento. Los primeros años de la década del ochenta supieron del principio del fin de las dictaduras

del cono sur, del fin de los enfrentamientos centroamericanos así como de la necesidad de cooperar en la construcción de instituciones democráticas. Vieron, también, el ingreso de nuevos estados miembros a la OEA, los países del Caribe anglosajón a medida de su independencia y, finalmente, en 1990, la incorporación de Canadá.¹⁷

La primera norma que dio competencia a la OEA para actuar en materia de democracia se adoptó mediante el Protocolo de Reformas a la Carta de Cartagena de Indias, en 1985. Allí se incluyó al actual artículo 2 que enumera los propósitos esenciales de la organización un nuevo párrafo que dice que ésta debe:

“.....b) promover y consolidar la democracia representativa dentro del principio de no intervención.”

Es decir que, a partir de entonces, la OEA, todos sus órganos, entre los cuales la propia Secretaría General, pueden, legítimamente, emprender acciones con dicho propósito. Ello llevó a que, desde la Secretaría General, encabezada entonces por el Embajador João Clemente Baena Soares, se promoviese la realización de elecciones libres gracias a la observación de las mismas, se cooperase con los países para el mejoramiento de sus instituciones electorales, se ayudase al buen éxito de los procesos de paz centro americanos y se colaborase con la reincorporación de los ex combatientes a la vida civil gracias al fortalecimiento de las instituciones nacionales. Para ello se creó primero una unidad, la Unidad de Promoción de la Democracia y luego una Secretaría, la Secretaría de Asuntos Políticos, con estas competencias.

¿Pero qué hacer si se produce la ruptura del orden democrático? ¿Qué medidas colectivas se pueden tomar? La Asamblea General de la OEA, reunida en Santiago de Chile en 1991, aprobó una primera norma, la resolución 1080.¹⁸ De acuerdo con ella, en caso de ruptura del orden constitucional (“interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo”), el Consejo Permanente debe reunirse por solicitud del Secretario General, convocar una reunión de ministros de relaciones exteriores o un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, los que, frente a esta situación, podrán “adoptar las decisiones que se estime apropiadas, conforme a la Carta y al derecho internacional.”

Dos observaciones: se trata de una resolución de la Asamblea y no de una reforma a la Carta; deja un amplio margen para las decisiones que

se puedan adoptar ante casos como los previstos. Todo ello tiene sus ventajas. Una resolución de la instancia suprema de la organización, la Asamblea General, obliga inmediatamente a todos los órganos de la Organización sin necesidad de más trámite por parte de los estados miembros, hayan éstos votado favorablemente o no dicha resolución, cosa que no ocurre con un tratado de reformas a la Carta, el que entra en vigor luego del proceso de aprobación parlamentaria, ratificación y número de ratificaciones necesarias para ello, y el que, luego de su entrada en vigor, sólo lo estará para los países ratificantes¹⁹. La segunda ventaja es el margen que deja a los órganos decisorios sobre las medidas a tomar. Eso fue lo que sucedió a poco de su aprobación cuando, en setiembre de ese mismo año 1991 el presidente Aristide de Haití fue obligado por una junta militar a dejar el poder y a vivir en el exilio, primero en Venezuela y luego en los Estados Unidos de América hasta su regreso a la capital haitiana tres años después.

Entre tanto, en aplicación de la resolución 1080, la OEA fue adoptando, progresivamente una serie de medidas contra las autoridades *de facto*, a comenzar por el mantenimiento del reconocimiento al gobierno del presidente Aristide y a las autoridades por él designadas (en particular a sus embajadores) como gobierno legítimo del país, pese a no tener el control efectivo del territorio, hasta la solicitud de ruptura de relaciones comerciales, diplomáticas y de cualquier naturaleza con la isla. Finalmente la cooperación entre la OEA y las Naciones Unidas, la aplicación por éstas de medidas autorizando el uso de la fuerza y la posibilidad del envío de tropas, hicieron que la junta se retirase permitiendo el retorno de Aristide. Durante todo ese tiempo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos continuó informando sobre la situación de los derechos humanos y denunciando las terribles violaciones cometidas por la junta militar contra los opositores, y contra la población haitiana en general.

Pero un año después se produjo una situación que no estaba en el imaginario de los autores de la resolución 1080, los que, al tiempo de su redacción tenían en mente lo que se había vivido tiempo atrás en la región, o sea el golpe de estado militar contra el presidente de la república. En Perú, el presidente Fujimori, democráticamente electo es quien violenta el orden constitucional disolviendo el poder legislativo y tomando control del poder judicial.²⁰ Los ministros de relaciones exteriores de la OEA decidieron hacer gestiones ante el ejecutivo peruano para salir de esta situa-

ción lo que llevará, finalmente, a la elección de una asamblea constituyente.²¹

Ese mismo año 1992 los países americanos acordaron consagrar normas en esta materia en el texto mismo de la Carta de la OEA. Se adoptó el Protocolo de Reformas de Washington que introdujo al texto de la Carta el actual artículo 9, según el cual

“Un miembro de la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido del ejercicio de participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás cuerpos que se hayan creado.”

Acá ya no estamos ante una resolución de la Asamblea General sino ante un tratado. Éste entró en vigor en 1997 y aún hoy no ha sido ratificado por todos los estados miembros, algunos de los cuales han además formulado serias objeciones cuando fuera adoptado. Por otra parte su texto es más limitativo que el de la resolución 1080 ya que sólo se refiere al caso de un golpe que derroca al gobierno electo – léase al titular del poder ejecutivo- (con lo que no quedan incluidas situaciones como las producidas en Perú 1992 o Guatemala 1993) y además sólo permite una medida, la suspensión de la participación del estado sancionado en casi todos los órganos de la OEA. Digo “casi todos” ya que no se menciona en la lista de órganos de la organización ni a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni al Comité Jurídico Interamericano.

En ambos órganos sus integrantes lo son a título individual y no representan a los gobiernos de los países de los que son nacionales por lo que no tendría sentido, en caso de haber en alguno de ellos un ciudadano del país suspendido que éste fuese excluido. En el caso de la Comisión se agrega una razón más poderosa aún: la ruptura del orden democrático no autoriza a las autoridades *de facto* a violar los derechos humanos y exige, más que nunca, la atenta vigilancia de esta institución regional.

Este artículo de la Carta de la OEA nunca hasta ahora ha sido invocado.

En el año 2000 se produjeron dos situaciones en que hubo fraude electoral. El primero en Perú en ocasión de las elecciones presidenciales que enfrentaron a Fujimori y a Toledo y el segundo en ocasión de elecciones senatoriales en Haití. En ambos casos la misión de observación electoral de la OEA informó del fraude y se retiró. No está-

bamos entonces frente a ninguna de las hipótesis anteriores. Acá no había sido derrocado nadie; acá lo que ocurría es que no se sabía quién era el gobernante electo. No pudiendo recurrir ni a la resolución 1080 ni al artículo 9 de la Carta se invocó el artículo 2 de la Carta referido a la promoción y consolidación de la democracia representativa y fueron enviadas misiones a ambos países con el objetivo de lograr una salida a la crisis planteada. En ambos casos, pero su relato excede este trabajo, por razones múltiples la situación derivó a nuevos conflictos internos los que llevaron en Perú a la renuncia del presidente Fujimori, a la designación de un presidente interino y a un nuevo llamado a elecciones y en Haití a nuevos rebrotes de violencia que culminarían, también, tiempo después, en el alejamiento del presidente Aristide y en el llamado a nuevas elecciones.

4. LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA: PROPÓSITO Y APLICACIÓN

Las autoridades interinas peruanas encabezadas por el presidente Paniagua y su primer ministro Pérez de Cuéllar propusieron que, en el seno de la OEA, se adoptasen nuevas normas para la defensa de la democracia. Ello fue recogido por la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno reunida en Quebec en abril de 2001 dándole este mandato a la OEA. El texto fue elaborado por un grupo de trabajo del Consejo Permanente, se consultó al Comité Jurídico Interamericano, el que emitió una opinión sobre la naturaleza y el contenido del proyecto que le fuera remitido, se abrió un período de comentarios para la sociedad civil y finalmente el texto fue sometido a la aprobación de la Asamblea General. Lamentablemente muchas de las sesiones del grupo de trabajo que tuvo a su cargo la redacción fueron a puertas cerradas por lo que no quedaron actas de las mismas. Ello, sumado a la urgencia con la que se trabajó –piénsese que entre la Cumbre de Quebec y la sesión de Lima transcurrieron solamente cinco meses- dificulta muchas veces saber las razones exactas que motivaron algunos de sus artículos.²²

En su período ordinario de ese año (San José de Costa Rica, junio 2001) la Asamblea General no logró finalizar el texto. Fue necesario convocar una sesión extraordinaria a celebrarse en Lima poco después. Ésta tuvo lugar el 11 de setiembre. Los dramáticos hechos que se produjeron esa misma mañana en el territorio de los Estados Unidos llevaron a la adopción inmediata, y sin debates, de la resolución denominada “Carta Democrática Interamericana.”

La Carta establece, con relación a las situaciones que pueden afectar al orden constitucional, un abanico de posibilidades y de medidas a adoptar. Desde el caso en que un gobierno considera que está en riesgo su proceso político y solicita asistencia de la Organización (artículo 17) hasta el caso en que se produce una “alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático” pudiendo, en dicho caso, “suspender a dicho Estado miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA” (artículos 20 y 21).

La Carta fue invocada en distintas situaciones. Sólo en dos casos se produjo un “golpe de estado”. El primero fue en el año 2002 en Venezuela y el segundo en el año 2009 en Honduras. En el primero de los casos esta ruptura del orden constitucional duró cuarenta y ocho horas, al cabo de las cuales el presidente Chávez retomó el control del poder. Allí el tiempo del debate en el Consejo Permanente fue más largo que el tiempo de la crisis. Ya resuelta ésta, una sesión extraordinaria de la Asamblea General, convocada de acuerdo con el artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana resolvió enviar una misión encabezada por el Secretario General de la OEA para ayudar a la normalización de la situación.²³

El segundo caso de derrocamiento del presidente constitucional se dio en Honduras en 2009, con la expulsión del país del presidente Zelaya por un comando militar, pocos meses antes del fin de su mandato. Luego de gestiones diplomáticas infructuosas, la Asamblea General decidió por unanimidad la suspensión de Honduras de su participación en los órganos de la OEA., sin perjuicio de tener que seguir cumpliendo con sus obligaciones, en particular aquellas en materia de protección de los derechos humanos.²⁴ Como ocurriera en el caso haitiano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mantuvo una permanente vigilancia y denunció en sus informes las violaciones a los derechos humanos. Asimismo supervisó el proceso de reconstrucción de las instituciones de protección de los derechos de las personas a partir de las elecciones que llevaron al poder al presidente Lobo. Finalmente, el regreso del ya para entonces ex presidente Zelaya permitió el levantamiento de la sanción y el pleno retorno de Honduras a los órganos de la OEA.²⁵

En otros casos el gobierno, es decir el poder ejecutivo, solicitó asistencia de la OEA antes de producirse una alteración grave la que permitió, mediante misiones encabezadas por su Secretario General o por un representante designado por él, resolver las crisis y evitar la ruptura del orden democrático.²⁶

5. LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA: DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

Esta resolución de la Asamblea General contiene numerosos otros aspectos que hacen al fortalecimiento de la democracia. Su artículo primero comienza diciendo que

“Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla...”

Es pues un derecho de los “pueblos” sin que exista definición de qué se entiende por ellos. Al tiempo de analizar el proyecto, el Comité Jurídico Interamericano señaló al respecto que, “se entiende que esta disposición quiere reflejar el compromiso político de los Estados Americanos con la democracia y en consecuencia no considera necesario entrar en el análisis de los distintos significados que puede tener la palabra “pueblo”...”²⁷

Los artículos siguientes enumeran los elementos principales de la democracia representativa. El artículo segundo comienza diciendo que

“El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho...”

y el artículo tercero pone al respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales como el primero de los elementos esenciales de la misma.

El capítulo tercero (artículos 11 a 16) se refiere al vínculo entre democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza; el capítulo siguiente (artículos 17 a 22) detalla las medidas ya vistas en caso de riesgos o ruptura del orden político institucional democrático; el capítulo quinto (artículos 23 a 25) al procedimiento a seguirse cuando un Estado solicite el asesoramiento de la OEA o su asistencia para el fortalecimiento de sus instituciones electorales incluidas la presencia de misiones de observación electoral y, finalmente, el capítulo sexto (artículos 26 a 27) detalla los programas y actividades a ser llevados a cabo por la organización regional para la promoción de la “cultura democrática”. El artículo final de la Carta Democrática, el artículo 28, está, en cambio, dirigido ya no a la OEA sino a los Estados y dice que ellos

“...promoverán la plena e igualitaria participación de la mujer en las estructuras políticas de sus respectivos países como elemento fundamental para la promoción y ejercicio de la cultura democrática.”

Al respecto, es de hacer notar que ya, en un ejemplo pionero, el sistema interamericano creó en 1928 la Comisión Interamericana de Mujeres, hoy un organismo especializado de la OEA, la que desde entonces viene trabajando en los Estados miembros para este logro.

El capítulo segundo de la Carta Democrática Interamericana (artículos 7 a 10) se titula “La democracia y los derechos humanos”. Remite a los derechos consagrados en las normas nacionales y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos en cuanto éstos tienen “carácter universal, indivisible e interdependiente”; menciona específicamente luego a la necesidad de la eliminación de toda forma de discriminación y finalmente, más específicamente, menciona los derechos de los trabajadores y se refiere a las normas adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Mención especial nos merece el artículo 8. Éste dispone que

“Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo.

Los Estados Miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el Hemisferio.”

Es de hacer notar que la referencia es general al “sistema interamericano” ya que no todos los países miembros de la OEA son parte de la Convención Americana y por lo tanto no todos están vinculados a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este artículo presenta algunas dificultades para su interpretación y sobre todo para su posible aplicación. Tomado aisladamente, fuera del contexto de la Carta Democrática Interamericana, no hace más que repetir un derecho ya consagrado tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Artículo XXIV²⁸ como en el “Pacto de San José” en el artículo 44²⁹ en cuanto al derecho de todo individuo de presentar peticiones ante los órganos del sistema interamericano, en particular ante la Comisión. ¿Refiere este artículo a los derechos ya consagrados en las normas interamericanas o universales en materia de protección de derechos humanos, teniendo en cuenta que su respeto es uno de los elemen-

tos esenciales de la democracia representativa, en cuyo caso no hace más que repetir, reafirmar, algo ya reconocido o, por el contrario, pretende aportar algo nuevo?

Y, en este último caso ¿de qué podría tratarse? El artículo 3 de la Carta Democrática además del respeto a los derechos humanos nos dice que otros elementos esenciales de la democracia representativa son, por ejemplo, “la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo” o un “régimen plural de partidos” o “la separación e independencia de los poderes públicos”. ¿Es acaso ello lo que se quiso consagrar en este artículo: la posibilidad de interponer denuncias ante los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos por parte de un individuo que considere por ejemplo que las elecciones realizadas en su país no han sido libres o que no hay una verdadera separación de poderes?

Hasta la fecha no se ha planteado el caso, ni sé, si ello llegase a ocurrir, cuál sería la respuesta de la Comisión o, en su caso, de la Corte. No me refiero a la situación en que en un país se restrinja por ejemplo la libertad de expresión u otro derecho, ya que ello por supuesto ha sido, y es, objeto de informes de la Comisión sobre la situación en tal o cual país o son objeto de informes de sus distintas relatorías; no, me estoy refiriendo al caso de una petición individual. Podríamos analizar acá distintas alternativas, hipótesis y argumentos a favor o en contra; pero sería extenderme más allá de lo propuesto por este artículo introductorio. Les dejo, sin embargo, planteado el punto y mis dudas.

6. LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA EN LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN Y DE LA CORTE INTERAMERICANAS DE DERECHOS HUMANOS

Tanto la Comisión como la Corte han subrayado, en numerosas ocasiones, el vínculo entre democracia y respeto de los derechos humanos, que no es lo mismo que decir que todos los elementos constitutivos de la democracia son derechos humanos individuales protegidos por ellas.

En varias de sus sentencias la Corte indicó que el respeto de los derechos humanos es un elemento esencial de la democracia representativa. En los casos *Herrera Ulloa v. Costa Rica*³⁰ y *Ricardo Canese v. Paraguay*³¹ la Corte invocó la Carta Democrática Interamericana para la defensa de

las libertades de expresión y de prensa. En el caso *Yatama v. Nicaragua*³² la invocó para garantizar los derechos de los partidos y de otras organizaciones políticas y en el caso *Castañeda v. México* se refirió a la Carta Democrática para la defensa del ejercicio efectivo de los derechos políticos.³³

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, siempre ha resaltado el vínculo entre respeto a los derechos humanos y sistema democrático de gobierno. Basta con ver los informes anuales, en particular el capítulo relativo a la situación en distintos países o el capítulo referido a la relatoría sobre la libertad de expresión. Así, y para tomar únicamente el último de los informes, el Informe Anual correspondiente a las actividades en el año 2011, vemos que al analizar la situación en Cuba se dice, por ejemplo, que “los derechos políticos son de importancia fundamental y se relacionan estrechamente con un conjunto de otros derechos que hacen posible el juego democrático.

Conforme a la Carta Democrática Interamericana suscrita en Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001, la democracia representativa constituye el sistema reconocido y requerido en la OEA para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región. La existencia de elecciones libres, poderes públicos independientes, eficaces y el pleno respeto a la libertad de expresión, entre otras, son características fundacionales de la democracia que no pueden ser evaluadas en forma aislada. Desde esta perspectiva, la plena garantía de los derechos humanos no es posible sin el reconocimiento efectivo e irrestricto del derecho de las personas a constituir y participar en agrupaciones políticas.”³⁴ Del mismo modo la Comisión ha seguido la situación de los derechos humanos en Honduras, su estrecha vinculación con la ruptura del orden democrático del año 2009 y el restablecimiento de la democracia.³⁵ Asimismo, en materia de libertad de expresión, la Comisión aprobó recientemente una “Declaración de Principios sobre libertad de expresión” cuyo primer principio está así enunciado:

“1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.”³⁶

No quedan dudas que ni para los Estados miembros de la OEA ni para sus órganos consultivos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Comité Jurídico Interamericano) ni para aquellos encargados directamente por velar por el

cumplimiento de los derechos humanos (la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuevamente la Comisión) existe un vínculo indisoluble entre democracia representativa y respeto de los derechos humanos.

7. MÁS ALLÁ DE LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA

La Carta Democrática se inscribe en un largo proceso de fortalecimiento normativo interamericano pionero en el derecho internacional, ya iniciado desde el primer texto de la Carta de la OEA de 1948, continuado en la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de 1959 y que es seguido por las sucesivas reformas a la Carta de la organización de 1985 y 1992, así como por las resoluciones de la Asamblea General a comenzar por la 1080 de 1991. La Carta Democrática es una resolución y ello tiene varias ventajas: su inmediata vigencia y por lo tanto su aplicación a poco de ser adoptada sin necesidad de más trámites; su extensión a todos los órganos de la OEA y a todos sus miembros; su mayor flexibilidad en caso de acordarse una modificación. Hoy todos estos instrumentos (convencionales y resoluciones) están simultáneamente en vigor (con la aclaración que ya hiciéramos para los países que no ratificaron el Protocolo de Washington de 1992).

Es posible, por lo tanto, que en situaciones que no pudiesen ser resueltas mediante la aplicación de la Carta Democrática se pueda invocar otra norma. Pienso por ejemplo en un caso de fraude electoral en que, como en 2000, se recurrió a la norma más genérica, la del artículo 2b) de la Carta de la OEA, o pienso, tal vez, en alguna situación en que no se desee ir directamente a la suspensión del Estado y en cambio se deseen adoptar sanciones en forma progresiva, y entonces utilizar la resolución 1080 de 1991 que permite una mayor amplitud y flexibilidad.

En el año 2007, a solicitud de la Asamblea General, el Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza presentó un informe al Consejo Permanente señalando, a su criterio, algunos aspectos que, a su entender, dificultaban la aplicación de la Carta Democrática.³⁷ Entre otros aspectos mencionaba la falta de precisión que hay en la definición del artículo 20 que puede llevar a la suspensión del Estado y que se refiere a “una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático”³⁸ y el hecho de que sólo los “gobiernos” (es decir, en el ámbito internacional, sólo los poderes ejecutivos) puedan poner en marcha estos mecanismos de fortaleci-

miento y prevención, dejando sin posibilidades para ello a los otros poderes del estado en caso de que ellos sean los afectados por acciones del poder ejecutivo. Hasta la fecha, sin embargo, no se han presentado nuevas propuestas ni de resoluciones ni de reformas convencionales que amplíen el espectro cubierto por las normas vigentes.

Estas normas han venido siendo recogidas, de un modo u otro, por las demás instancias regionales y subregionales americanas. Tienen ahora cláusulas democráticas que permiten sancionar al país miembro en el que se produzca la ruptura del orden democrático tanto la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas como el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) o la Cumbre Iberoamericana. Con distintos alcances, con distintas membresías, han seguido la línea trazada por la OEA. Ello no impide que puedan darse otros criterios, medidas distintas y, llegado el caso, decisiones diferentes.³⁹

Por último, y aunque parezca una banalidad, no siempre se recuerda que tanto el fortalecimiento de las instituciones que consolidan una verdadera democracia representativa como de aquellas que aseguran el respeto de los derechos humanos es ante todo una obligación, un deber, de los Estados. Las organizaciones internacionales, dentro de sus competencias, pueden ayudar, asistir o en caso de fracaso de las instancias nacionales, actuar. El sistema interamericano acá nuevamente ha sido pionero, y ha sido pionero en dos áreas que hasta no hace mucho eran consideradas de la competencia exclusiva de los países y cuya sola mención era vista como violatoria del principio de no intervención. La OEA, a través de todos sus órganos, tiene hoy como una de sus funciones fundamentales la de promover y consolidar la democracia representativa, y para ello viene actuando con éxito;⁴⁰ y tiene también, principalmente a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos.⁴¹

NOTAS

1. John Dunn, *Setting the people free: the story of democracy*, Atlantic Books, London, 2005.
2. Sobre la evolución del sistema, ver Jean-Michel Arrighi, "L'Organisation des États Américains et le droit International", en *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, tomo 355 (2011). Allí el lector encontrará también la bibliografía al respecto.
3. *Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936*, Dotación Carnegie para la Paz Internacional, Washington DC, 1938, p. 646.
4. *Conferencias Internacionales Americanas, Primer suplemento, 1938-1942*, p. 73.
5. *Idem*, p. 122.
6. Los documentos de esta Reunión en *Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (colección de actas finales)*, tomo I, Secretaría General de la OEA, Washington DC, 1984, pp. 195-221.
7. Ambas decisiones en la resolución VIII (Derechos Humanos), p. 209.
8. Declaración de Santiago, p. 202.
9. Resolución III, p. 205.
10. La única excepción será cuando en 1979 la Décimo Séptima Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores condene al régimen dictatorial de los Somoza en Nicaragua y llame a la instalación de un gobierno democrático.
11. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (el Pacto de San José de Costa Rica) fue suscrita en 1969, entró en vigor en 1979 al haber sido ratificada por once estados y hasta la fecha, de los treinta y cinco estados miembros de la OEA la han ratificado veinticinco, habiendo sido posteriormente denunciada por dos de los ratificantes (Trinidad y Tobago en 1998 y Venezuela en 2012).
12. Por ejemplo, y para sólo citar algunos, los informes sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, Chile, El Salvador, Cuba, Nicaragua, Panamá, Haití, Uruguay, Paraguay, Guatemala, que pueden verse en *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, diez años de actividades 1971-1981*, publicación de la Secretaría general de la OEA, Washington DC, 1982.
13. Dictamen aprobado por el Comité Jurídico Interamericano del 30 de octubre de 1959, en *La democracia en los trabajos del Comité Jurídico Interamericano (1946-2010)*, Secretaría General de la OEA, Washington DC, 2011, p.53. También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estudió el vínculo entre democracia y derechos humanos en un estudio elaborado por un de sus primeros miembros: Durward V. Sandifer, "The relationship between the respect for human rights and the effective exercise of representative democracy", en *La Organización de los Estados Americanos y los Derechos Humanos, actividades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1960-1967*, Washington DC, 1972, pp. 155-194.
14. Y digo ello porque de democracia con otros adjetivos hicieron bandera numerosas dictaduras de la época como forma de oposición a lo que entonces denominaron "ideologías subversivas". Muchos casos de aplicación del TIAR son buen ejemplo de ello.
15. Las páginas de Internet de ambos órganos permiten la consulta de los Informes Anuales de la Comisión a la Asamblea General de la OEA y de la jurisprudencia de la Corte.
16. Es infinita la bibliografía, y en particular, en portugués, la muy rica obra del Profesor António Augusto Cançado Trindade. Para sólo citar un libro de este autor me remito a los tres tomos de su *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2nda edición, ed. Fabris, Porto Alegre, 1997-2003. Un estudio del mismo autor sobre el tema: "Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del estado de derecho", en *XLVII Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, 1994.
17. En menos de tres décadas la OEA pasó de veintiún a treinta y cinco estados miembros. Desde el punto de vista de los sistemas e instituciones jurídicas pasó de veinte de "civil law" y uno de "common law" a veinte de "civil law" y quince de "common law" (Canadá comparte los dos sistemas).
18. AG/RES. 1080 (XXI-O/91).
19. Ello es lo que disponen los artículos 140 y 142 de la Carta, lo que ha llevado, por falta de ratificación por parte de todos los estados miembros de los varios protocolos de reforma a la coexistencia de distintas cartas. Ver: Jean-Michel Arrighi, *Les réformes a la Charte de l'Organisation des États Américains*, An-

- nuaire Français de Droit International (1997), p.93 y Procedimientos de reforma a la Carta de la OEA, XXV Curso de Derecho Internacional de Río de Janeiro, Secretaría General de la OEA, Washington DC, p. 77.
20. Un año después una situación similar se produciría en Guatemala pero duró muy pocos días, carente el presidente Serrano de todo apoyo.
 21. Mucho se ha escrito, especialmente por la oposición peruana a Fujimori, criticando a la OEA por lo que se supone que podía haber hecho y no hizo. No sé qué es lo que podía haber hecho y no hizo, ni con qué instrumentos y medios podía haber tomado otras medidas para resolver la crisis y lograr la destitución del presidente, como hubiesen querido los opositores que la OEA lograra. Era un caso imprevisto, en un contexto en que la defensa de la democracia por parte de una organización internacional hacía sus primeros ensayos. Es más fácil siempre decir lo que ayer nos hubiese gustado que ocurriese que lo que en ese momento era posible lograr que pasase.
 22. Algunas de estas pocas actas, incluida la de la sesión del 11 de setiembre de 2001 fueron publicadas junto con comentarios de algunos de los delegados participantes en *Carta Democrática Interamericana- documentos e interpretaciones*, compilación a cargo de Humberto de la Calle, Secretaría General de la OEA, Washington DC, 2003.
 23. AG/RES. 1(XXIX-E/02) del 18 de abril de 2002.
 24. AG/RES. 2(XXXVIII-E/09) del 4 de julio de 2009.
 25. AG/RES. 1(XLI-E/11) del 1 de junio de 2011.
 26. Tales los casos en Nicaragua en 2004 y en 2005, o en Ecuador en 2005 y 2010.
 27. "Observaciones y comentarios del Comité Jurídico Interamericano sobre el proyecto de Carta Democrática Interamericana", CJI/RES.32 (LIX-O/01) de 16 de agosto de 2001, en *La democracia en los trabajos del Comité.....*, op.cit., p. 260.
 28. Que dice que "toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución". Acá el punto interesando, y que abre un camino al punto que nos interesa, es la referencia al "interés general".
 29. Que dice que "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte".
 30. Sentencia del 2 de julio de 2004. CIDH, serie C, n° 107, par. 115.
 31. Sentencia del 31 de agosto de 2004, CIDH, serie C, n° 111, par. 85.
 32. Sentencia del 23 de junio de 2005, CIDH, serie C, n° 127, par. 193, 207 y 215.
 33. Sentencia del 6 de agosto de 2008, CIDH, serie C, n° 184, par. 142 y 143.
 34. Com.Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2011*, p. 381.
 35. Idem, p. 409.
 36. Idem, tomo II, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, p. 390.
 37. CP/doc. 4184/07 del 4 de abril de 2007. A este informe le siguieron dos nuevos informes del Secretario General insistiendo sobre los mismos puntos en 2010 y en 2011.
 38. El Comité Jurídico Interamericano, haciéndose eco de esta preocupación del Secretario General, aprobó en el año 2009 un Informe titulado "Elementos esenciales y fundamentales de la democracia representativa y su vinculación con la acción colectiva en el marco de la Carta Democrática Interamericana", CJI/RES.159 (LXXV-O/09). Texto en *La democracia en los trabajos del Comité*, op.cit., p. 601.
 39. Es lo que ha ocurrido recientemente con la situación producida en Paraguay ha raíz de la destitución por el Congreso del presidente Lugo en junio de 2012. Mientras que UNASUR y MERCOSUR decidieron suspender de sus órganos a Paraguay por considerar que se había producido un "golpe", en la OEA se estuvo a lo informado por el Secretario General, considerando que se trataba de una crisis institucional que no conllevaba la suspensión. CP/doc.4786/12 rev.1 de 10 de julio de 2012. En dicho informe el Secretario General también recordó la existencia de todo el abanico normativo en materia de fortalecimiento de la democracia como "instrumentos eficaces para..... una OEA que esté dispuesta a ser activa en el futuro de la democracia paraguaya".
 40. La lista es muy extensa: desde el combate a la corrupción, la cooperación en acceso a la justicia y a la información, la acciones en el campo de la seguridad pública o del desarrollo hasta la espada de Damocles que pesa contra los golpistas y que no en vano ha hecho que si entre

1900 y 1991, fecha de la 1080, hubo 180 golpes militares entre 1991 y 2011 sólo hubo tres.

41. No hay que ser muy memorioso para ver cómo hoy el respeto a los derechos humanos, las políticas de estado para ello, la consolidación de instituciones gubernamentales y no gubernamentales difiere de lo que era la situación en la región treinta años atrás, apenas. La propia va-

riedad de casos y de derechos a ser defendidos que llegan tanto a la Comisión como a la Corte es otro claro ejemplo de ello. Debe resaltarse, asimismo, la labor que realiza en cuanto a la capacitación, difusión e investigación realiza el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica.



EL TERCER PROTOCOLO DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: LA CONSAGRACIÓN DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS NUEVOS DESAFÍOS DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO



Jorge Cardona Llorens

Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Valencia;
Miembro del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy es aceptado con carácter general que la Convención de los Derechos del Niño es un instrumento jurídico internacional extraordinario. Adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, a principios de 2012 la Convención ha alcanzado casi su ratificación universal al haber sido ratificada por 193 Estados. Sólo tres Estados no han ratificado la Convención: Estados Unidos de América, Somalia y Sudán del Sur.

La Convención ha sido completada, hasta principios de 2012, por tres Protocolos facultativos. Los dos primeros celebrados en el año 2000 y entrados en vigor a principios de 2002 hacen referencia a la participación de niños en conflictos armados (OPAC), y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (OPSC). Ambos desarrollan las disposiciones de la Convención sobre estas cuestiones, especificando y detallando las obligaciones del Estado respecto a las mismas. El OPAC tiene, hasta noviembre de 2012, 150 ratificaciones. Por su parte el OPSC tiene, hasta la misma fecha, 161 ratificaciones.

Por su parte, el tercer Protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones (OPIC), fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011 y abierto a la firma el 28 de febrero de 2012 en que fue firmado

por 20 Estados. En noviembre de 2012 había sido ratificado por 2 Estados habiendo ya alcanzado 35 firmas y no habiendo entrado todavía en vigor al requerir 10 ratificaciones para ello.

Aunque hasta la fecha no se ha conseguido una ratificación de los Protocolos tan universal como la de la Convención, debe señalarse que de los únicos tres Estados que no han ratificado la Convención, el más importante de ellos (Estados Unidos de América) sí ha ratificado los dos primeros protocolos y todos los años se incorporan a los mismos nuevos Estados parte, lo que hace pensar que no se tardará en alcanzar una ratificación cuasi universal de los protocolos y que, en todo caso, el sistema de la Convención es ya universal, al estar sólo fuera de él Somalia, que puede ser calificado de Estado fallido, y Sudán del Sur que es un Estado de sólo dos años de vida al escribir estas líneas.

En el presente trabajo nos gustaría centrarnos, conforme al título del mismo, en dos aspectos: el significado y alcance de la Convención y lo que ha añadido el tercer protocolo a la consagración del niño como sujeto de derechos y los principales retos de futuro que se le presentan al Comité de Derechos del Niño en el momento actual con la posible entrada en vigor del Protocolo y el procedimiento de reforma que vive el conjunto del sistema de órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas.

II. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA CONVENCIÓN E IMPLICACIONES DEL PROTOCOLO FACULTATIVO SOBRE COMUNICACIONES RESPECTO DEL MISMO

A) Significado y alcance de la Convención

El reconocimiento casi universal de la Convención a que hacíamos referencia en la introducción tiene un significado revolucionario respecto a la consideración jurídica del niño. Como ha sido reiteradamente señalado, la Convención representa la consagración del cambio de paradigma que se produce a finales del siglo XX sobre la consideración del niño por el derecho: el niño deja de ser considerado como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos que debe ser empoderado en los mismos.

Pero la Convención de los Derechos del Niño no es algo aislado, sino que debe ser contemplada como uno más de los escalones subidos por la humanidad en los últimos años en el camino, no fácil, hacia el reconocimiento universal de los derechos de todas las personas.

Como es sabido, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX se ha ido cambiando poco a poco el paradigma en relación con los grupos de personas consideradas “vulnerables”. Ya se trate de las minorías étnicas, de las mujeres, de los niños, de las personas con discapacidad, etc. Todos estos grupos habían sido tradicionalmente considerados como “débiles” y “dependientes” que necesitaban ser “protegidos” por el derecho. Eran considerados más como “objeto” de regulación jurídica que como “sujeto” de derechos.

Los movimientos de derechos civiles y feministas que empezaron reivindicando la igualdad jurídica de todas las personas con independencia de su raza o sexo, y que se consagrará en el reconocimiento de la titularidad de los mismos derechos que los demás a las minorías étnicas y a las mujeres (explicitado en el Derecho Internacional en las Convenciones sobre *Eliminación de todas las formas de discriminación racial* de 1966 y sobre la *Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres* de 1979), se irá extendiendo a otros colectivos que reivindicarán la misma consideración de titulares de todos los derechos para otros colectivos como los niños (consagrado en la *Convención de los derechos del niño* de 1989), o las personas con discapacidad

(consagrado en la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* de 2006). En estos dos últimos supuestos es donde es más claro el cambio de paradigma. La sociedad había considerado tradicionalmente tanto a los niños como a las personas con discapacidad como “necesitados de protección”. Protección que, en la mayor parte de los casos, suponía desde negarles capacidad jurídica, impidiéndoles incluso el derecho a poder participar en las decisiones esenciales que afectaban a su vida, hasta llegar a considerarlos casi una “propiedad” de aquellas personas de las que se les hacía “dependientes”.

Frente a estas posturas surgen los movimientos sociales reivindicadores de la necesidad de crear una sociedad inclusiva e integradora, en la que se considere la diferencia entre sus componentes como algo enriquecedor y en la que todos sus componentes sean por igual titulares de todos los derechos, teniendo el Estado la obligación de adoptar las medidas necesarias para que el ejercicio de esos derechos pueda realizarse en condiciones suficientes y de igualdad. Dichos movimientos sociales van a ir consiguiendo que se produzca ese cambio de paradigma necesario para la constitución de sociedades equitativas en las que todos sus miembros sean titulares de todos los derechos.

Es en este sentido en el que debe comprenderse la perspectiva adoptada por la Convención de los Derechos del Niño (y de las otras convenciones antes citadas). La Convención no proclama derechos nuevos para los niños. Los niños tienen los mismos derechos que las demás personas. La perspectiva de la Convención está enfocada hacia las obligaciones del Estado para garantizar que dichos derechos puedan ser ejercidos por los niños y sean respetados tanto por el Estado como por las demás personas.

Y para su consecución, como eje central del cambio de paradigma, la Convención va a incluir dos principios que podemos considerar “revolucionarios” en relación con la situación anterior: el principio del “interés superior del niño” y el principio que impone la obligación de “escuchar al niño en todas las decisiones que le afecten”. Ambos principios, contenidos en los arts. 3 y 12 de la Convención respectivamente, deben ser leídos conjuntamente y están en la base del nuevo estatuto del niño como “sujeto de derecho”.

Conforme al art. 3.1 de la Convención: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades admi-

nistrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” Consideración “primordial” que, en determinadas ocasiones la Convención nos indica que deberá ser casi la única, como es el caso, por ejemplo en materia de adopción¹ o para poder separar al niño de sus padres.²

Conforme al art. 12-1 de la Convención: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Es decir, no se trata sólo de “oír” al niño, sino de “escuchar”, lo que significa que su opinión debe ser tenida en cuenta (debiendo justificar los motivos por los que quien decide se separa de la misma) y que dicha opinión sea escuchada en el momento necesario para que pueda influir, en su caso, en la decisión.

La lectura conjunta de estos dos principios nos muestra la perspectiva del niño como sujeto de derechos. Suponen una nueva perspectiva en las relaciones entre adultos y niños, lo que lleva consigo una dinámica democrática en dichas relaciones. Los niños no “pertenecen” a nadie, ni siquiera a sus padres. Los niños se pertenecen a sí mismos y deben ser considerados como sujetos de derecho, cuyo interés debe ser tenido en cuenta en todas las decisiones que les afecten y cuya opinión debe ser escuchada antes de determinar el contenido de ese interés.

La estructura de la Convención de los Derechos del Niño puede considerarse que está formada por ocho grupos de normas relativas a:

- a) el ámbito de aplicación de la Convención
- b) los principios generales que inspiran la Convención;
- c) las medidas generales que deben adoptar los Estados en relación con la Convención;
- d) la especificación de diversos derechos a la situación particular de los niños;
- e) las obligaciones relativas a la protección de los niños ante violaciones de derechos a los que son especialmente vulnerables;
- d) las obligaciones respecto de niños que se encuentran en situación de doble vulnerabilidad a fin de reducir las mayores barreras para el ejercicio de sus derechos;
- e) las disposiciones relativas al mecanismo de control de aplicación de la Convención; y
- f) las disposiciones finales sobre la firma, entrada en vigor, reservas, etc.

En este apartado nos vamos a fijar en los seis primeros grupos. Dejando el séptimo para la siguiente parte de este estudio. El último no será objeto de atención en este trabajo.

En relación con el ámbito de aplicación, el artículo 1 establece el ámbito de aplicación personal al definir niño como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. A pesar del último inciso, debe considerarse en todo caso que la Convención es aplicable respecto de toda persona, desde su nacimiento hasta los 18 años.

Respecto de su ámbito de aplicación espacial, el artículo 2-1 prevé que “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción”. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en el asunto del muro construido en territorio palestino esta expresión significa que las obligaciones del Estado contenidas en la Convención no se ciñen exclusivamente al territorio del Estado, sino también a toda actividad fuera de su territorio que se encuentre bajo su jurisdicción³, pues “si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional.”⁴

En relación a los *principios generales* que inspiran la convención, éstos son cuatro. Los dos primeros han sido ya citados: el principio del interés superior del niño (artículo 3.1) y el principio del respeto a las opiniones del niño o de participación (artículo 12). A ellos dos deben añadirse el principio de no discriminación (artículo 2) y el principio del respeto a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6).

Estos cuatro principios traspasan toda la Convención y todos los derechos del niño y todas las obligaciones del Estado deben ser interpretadas a la luz de los mismos.

Ahora bien, conforme a la doctrina del Comité de Derechos del Niño, no se trata sólo de principios que informan el conjunto de derechos contenidos en la Convención, sino también de derechos autónomos, de forma que su no respeto en un caso concreto es una violación de los derechos del niño en sí mismo, sin necesidad de su vinculación con un derecho concreto de la Convención. En otras palabras, a diferencia de lo que ocurre con otros tratados de derechos humanos, como por ejemplo la Convención Europea de Derechos Humanos, cabe la violación del principio de no discriminación de forma autónoma, sin necesidad de que se trate de una discriminación en el ejerci-

cio de uno de los derechos previstos en la Convención. Lo mismo puede decirse sobre la violación del principio del respeto a las opiniones del niño, del interés superior o del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo.

Junto a los principios generales, un tercer grupo de normas contenidas en la Convención son las referentes a las *medidas generales de aplicación* que deben adoptar los Estados en relación con la Convención de los Derechos del Niño. Se trata de medidas generales que deben adoptar los Estados en todo caso, sólo por haber ratificado la Convención.

A estas medidas generales de aplicación hace referencia el artículo 4 de la Convención, conforme con el cual: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional."

En desarrollo de esta disposición, el Comité de derechos del niño aprobó en 2003 la Observación General nº 5, dedicada en exclusiva a dichas medidas generales de aplicación. Aunque no es este el momento ni lugar de hacer una glosa de la misma, a modo de resumen podemos destacar 9 grandes medidas que todo Estado está obligado a realizar en relación con la Convención y que son:

1. *Proceso de reforma de la ley*: que consiste, principalmente, en la obligación de reformar su legislación de forma que se acomode a las obligaciones derivadas de la Convención. Es decir, no basta con ratificar la Convención y decir que en el ordenamiento jurídico interno los tratados tienen una jerarquía superior a la ley. La seguridad jurídica exige que se produzcan todas las reformas legislativas necesarias para que el derecho interno sea conforme con las obligaciones derivadas de la Convención.

2. *Desarrollo de instituciones de derechos humanos independientes para los niños*: Instituciones independientes que deben cumplir los principios de París sobre independencia de las instituciones de derechos humanos y que pueden consistir en instituciones específicas para los niños (defensor del niño) o en la existencia de secciones específicas, con personal especialmente formado, en las instituciones nacionales de derechos humanos (sección de derechos del niño en la defensoría del pueblo)

3. *Posibilidad de invocar los derechos de los niños ante los tribunales*: En el caso de que el ordenamiento jurídico no prevea la aplicación directa de los tratados en el ordenamiento interno y exija cualquier tipo de medida de transformación de los tratados en derecho interno o de desarrollo para poder invocar los derechos contenidos en un tratado ante un órgano judicial interno, el Estado deberá adoptar dichas medidas al ratificar la Convención.

4. *Desarrollo de estrategias o agendas amplias para los niños*: Los Estados deben establecer, en el marco de sus políticas públicas, políticas específicas que impliquen una estrategia o agenda amplia que contemple el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención de una forma integral y no sectorial. La elaboración de Planes Estratégicos de Infancia suele ser el instrumento principalmente utilizado.

5. *Desarrollo de mecanismos permanentes de coordinación gubernamental*: El Estado debe coordinar la acción de todos los organismos encargados de aplicar las obligaciones derivadas de la Convención. Coordinación que debe ser horizontal (entre los diversos ministerios y departamentos implicados a nivel estatal) y vertical (entre los diversos niveles de responsabilidad: nacional, regional y local). Y dicha coordinación debe ser llevada a cabo por mecanismos creados con carácter permanente con el objetivo específico de la coordinación de las políticas de infancia y no de forma esporádica.

6. *Supervisión sistemática: recopilación de datos y evaluación*. Para poder elaborar estrategias eficaces y adoptar las medidas de política de infancia necesarias para el pleno respeto de las obligaciones derivadas de la Convención, el Estado debe recopilar los datos relativos a la situación de los niños en el país, desagregados por edad, sexo, etnia, región, etc. Y dichos datos deben ser mantenidos y evaluados periódicamente a fin de determinar los resultados de los planes integrales de infancia y de las demás medidas adoptadas.

7. *Asignación de recursos para los niños (análisis presupuestario, etc.)*: Al señalar la obligación de asignar recursos suficientes se indica que, no sólo debe existir dicha asignación suficiente, sin que debe poder visibilizarse a fin de poder evaluarla. Ello significa que en todos los presupuestos públicos, de todos los niveles de la administración que tengan responsabilidades en materia de infancia, debe poder identificarse los recursos asignados al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención.

8. *Educación, formación e incremento de concienciación de la Convención*: El cambio de paradigma que representa la Convención no sólo debe reflejarse en la legislación del Estado, sino que debe transmitirse al conjunto de la sociedad. La única forma de conseguirlo es difundiendo la Convención, introduciendo su enseñanza en los currícula académicos tanto en los niveles básicos de enseñanza como en los universitarios y realizando campañas de concienciación social en aquellos ámbitos en que la mentalidad social no haya terminado de asumir la perspectiva de derechos humanos en la consideración de la niñez.

9. *Colaboración en el proceso de implementación con la sociedad civil, incluyendo los niños*: finalmente, el Estado tiene también la obligación de fortalecer y cooperar con la sociedad civil, incluidos los niños, a fin de que se produzca un verdadero empoderamiento de los titulares de los derechos.

Todas estas medidas de carácter general deben tener por finalidad garantizar el ejercicio de los derechos a que se refiere la Convención. A dichos derechos se refieren los otros tres grupos de normas a los que queríamos hacer referencia en este apartado. No se trata de normas que establezcan "derechos específicos" de los niños. Como hemos dicho, los niños tienen los mismos derechos que las demás personas. Estos grupos de normas establecen cada uno de ellos obligaciones específicas del Estado parte con una finalidad concreta en relación con el respeto de los derechos de los niños. Se trata de:

i) *Obligaciones respecto a la especificación de determinados derechos humanos a la situación especial de los niños*: dicha especificación viene referida, fundamentalmente, a derechos vinculados con dos de los principios generales antes mencionados. Se trata de:

- derechos referentes a los recursos, capacidades y contribuciones necesarias para la supervivencia y pleno desarrollo del niño, entre los que están incluidos los derechos a una alimentación y alojamiento adecuados, al agua potable, a atención sanitaria básica,⁵ a una formación académica,⁶ al esparcimiento, al recreo y a actividades culturales.⁷
- derechos relativos a la participación de los niños y niñas a fin de que puedan expresar libremente sus opiniones y manifestar su punto de vista en relación con cuestiones

que afecten a su vida social, económica, religiosa, cultural y política, como son el derecho a expresar opiniones y a ser escuchado,⁸ el derecho a la información⁹ y la libertad de asociación.¹⁰

ii) *Obligaciones del Estado parte relativas a la protección de los niños ante situaciones en las que su vulnerabilidad aumenta por su condición de niño* y sus derechos pueden verse especialmente violados: Es el caso, por ejemplo, del secuestro por los padres;¹¹ de la protección contra toda clase de violencia;¹² de la adopción;¹³ del trabajo infantil;¹⁴ del consumo de drogas;¹⁵ de la explotación sexual;¹⁶ del secuestro, venta y trata;¹⁷ u otras formas de explotación;¹⁸ o de la detención y castigo.¹⁹

e) *Obligaciones respecto de niños que se encuentran en situación de doble (o triple o superior) vulnerabilidad a fin de reducir las mayores barreras para el ejercicio de sus derechos*: es el caso de los niños privados de su ambiente familiar;²⁰ de los niños refugiados;²¹ de los niños con discapacidad;²² de los niños al cuidado de instituciones públicas;²³ de los niños de minorías o grupos indígenas;²⁴ de los niños que se encuentran en conflictos armados;²⁵ de los niños víctima de abandono, abusos o explotación;²⁶ o de los niños en conflicto con la ley.²⁷

En todos estos supuestos, el Estado asume obligaciones específicas a fin de proteger el respeto de los derechos del niño.

Al conjunto de obligaciones establecidas en la Convención deben añadirse las obligaciones más específicas asumidas, como hemos señalado en la introducción, por los dos protocolos facultativos celebrados en el año 2000 y entrados en vigor a principios de 2002. El primero de ellos hace referencia a la participación de niños en conflictos armados (OPAC), y el segundo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (OPSC). Ambos desarrollan las disposiciones de la Convención sobre estas cuestiones, especificando y detallando las obligaciones del Estado respecto a las mismas. Ninguno implica un cambio en el significado de la Convención. Sin duda, ambos aumentan su alcance pues, aunque las cuestiones en ellos tratadas estaban referenciadas con carácter general en la Convención, los Protocolos especifican, desarrollan y aclaran las obligaciones de los Estados para proteger a los niños en esas situaciones o para luchar contra tan graves (y lamentablemente frecuentes) violaciones de los derechos de los niños.

B) El cierre del círculo: el Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones

Al contrario de los dos primeros Protocolos, el Tercer protocolo facultativo a la Convención de los derechos de los niños, relativo a un procedimiento de comunicaciones, sí va a incidir claramente en el alcance y significado de la consideración del niño por el derecho y, por tanto, en el significado y alcance de la Convención sobre los derechos del niño.

Desde el año 2006 los niños eran los únicos titulares de derechos de uno de los nueve tratados de derechos humanos considerados fundamentales en Naciones Unidas²⁸ (los 9 tratados que tienen un Comité específico para garantizar su cumplimiento²⁹) que no podían presentar una comunicación ante su Comité respectivo para presentar una reclamación. A diferencia de las mujeres, de las personas con discapacidad, de los trabajadores migrantes o de cualquiera de los otros grupos de personas que tienen un tratado específico de derechos humanos, a los niños se les reconoce la titularidad de derechos en el ámbito internacional, pero no se establecieron procedimientos internacionales para que pudieran reclamar en caso de violaciones. Su consideración no era, por tanto, de personas titulares de derechos plenos, sino de mini-personas con mini-derechos.

Existían pues grandes razones para realizar un protocolo de estas características. Entre las razones que lo hacían necesario destacamos:

1. Para que los niños **dejeran de ser “mini-personas” con “mini-derechos”**: no se es plenamente titular de derechos si no se tienen mecanismos para reclamar en caso de violación y los niños eran los únicos titulares de derechos declarados en tratados de Naciones Unidas que no tenían acceso a un mecanismo internacional de protección.

2. Porque es necesario que los niños y niñas **tengan a su disposición un procedimiento a escala internacional**, cuando no existan recursos nacionales capaces de proteger sus derechos o éstos hayan demostrado ser ineficaces, y que ese mecanismo cubra todos sus derechos y esté formado por especialistas en los derechos del niño.

3. Porque es bueno para identificar con precisión **dónde fallan los sistemas nacionales**, y ayudar a los Estados a mejorar la ejecución de sus obligaciones

La asunción de estos motivos llevó a que, tras largas negociaciones, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobara el Protocolo Facultati-

vo a la Convención de los Derechos del Niño sobre un Procedimiento de Comunicaciones (OPIC) en diciembre de 2011. Protocolo que se abrió a la firma el 28 de febrero de 2012, siendo firmado ese día por 21 Estados entre los que estaban los principales promotores del mismo.

Este mecanismo debe permitir a los niños (o sus representantes) el poder llevar las violaciones de los derechos directamente ante el Comité, cuando las soluciones internas existentes han sido ineficaces. Además, permitirá que el Comité pueda establecer consultas urgentes, cuando se le informa de violaciones graves o sistemáticas de los derechos contenidos en la Convención o sus Protocolos.

Conforme a las disposiciones del Protocolo, la **competencia** de este Protocolo alcanza a los Estados parte en el mismo y sólo a ellos; y sólo respecto de las obligaciones que hayan aceptado. Es decir, el Comité será competente para conocer de las comunicaciones que reciba por violación por parte de un Estado que sea parte en el OPIC de alguna de las obligaciones derivadas de la Convención y de aquellos protocolos de los que sea parte (OPSC y/o OPAC).

Para poder aplicar el OPIC es necesario que el Comité redacte un reglamento que se espera esté aprobado en enero de 2013. Dicho reglamento debe garantizar que los procedimientos tomen en consideración las características específicas de los niños, y tenga salvaguardias para evitar que quienes actúen en nombre de niños los manipulen, pudiendo negarse el Comité a examinar toda comunicación que en su opinión no redunde en el interés superior del niño

Los principios que inspiran el OPSC son:

- **Interés superior del niño**: Al ejercer las funciones que le confiere el Protocolo, el Comité se guiará por el principio del interés superior del niño
- **Participación**: El Comité tendrá en cuenta los derechos y las opiniones del niño, y dará a esas opiniones el debido peso, en consonancia con la edad y la madurez del niño
- **Accesibilidad**: el procedimiento debe tener una forma y lenguaje adecuados para el niño, incluso cuando esté representado por adulto
- **Principio de celeridad**: el Comité deberá manejar las comunicaciones con rapidez y evitar retrasos innecesarios

- **Principio de confidencialidad:** La identidad de cualquier persona o grupos de personas interesadas por las acciones emprendidas en el marco del Protocolo no será revelada públicamente sin su consentimiento
- **Protección:** Si el Comité tiene información fidedigna de que un Estado no ha adoptado todas las medidas apropiadas para que las personas sujetas a su jurisdicción no sean objeto de ninguna violación de sus derechos humanos, maltrato o intimidación como consecuencia de haberse comunicado con el Comité o de haber cooperado con él, podrá solicitar al Estado Parte que adopte urgentemente todas las medidas adecuadas para detener la violación denunciada y presente por escrito explicaciones y aclaraciones al respecto al Comité.

Para poder presentar una comunicación, el OPIC concede **legitimación activa** a las personas o grupos de personas, o sus representantes, sujetos a la jurisdicción de un Estado que haya ratificado la Convención y el Protocolo Facultativo y que se consideren víctima de alguno de los derechos en ella contenidos (art. 5).

Es decir, pueden presentar una comunicación los niños y niñas, sea cual sea su nacionalidad, u otras personas en su nombre, siempre y cuando pueda justificar que actúa en tal condición, que consideren que un determinado Estado no ha respetado sus derechos.

Aunque la regla general es que se debería necesitar el consentimiento por escrito de la víctima para poder presentar una tercera persona una reclamación en su nombre, lo cierto es que este requisito presentará muchas excepciones en el caso del OPIC, donde lo importante es poder justificar que se actúa en su nombre sin el consentimiento. Lo importante es, por tanto, poder demostrar que se actúa en nombre del niño. Es claro que un padre puede actuar en nombre de su hijo de 2 años y no necesita el consentimiento por escrito. De esta forma, las comunicaciones podrán ser presentadas en nombre de la presunta víctima sin el consentimiento expreso, siempre que el autor pueda justificar su acción y el Comité considere que es en el interés superior del niño. Ahora bien, si es posible, la presunta víctima, en cuyo nombre se presenta la comunicación, deberá ser informada de la comunicación y sus puntos de vista se tendrán debidamente en cuenta de acuerdo con su edad y madurez.

Un elemento esencial es que no debe tenerse en cuenta si el Estado Parte contra el cual se dirige la comunicación reconoce la capacidad jurídica del reclamante, pues es bien sabido que la mayor parte de los Estados no reconocen a los niños capacidad para poder presentar una reclamación directamente ante los tribunales. Ello, sin embargo, no les impide poder acudir al Comité.

En todo caso, es claro que la práctica deberá depurar los criterios para determinar la legitimación activa.

Los requisitos para la admisibilidad de las comunicaciones son los habituales:

- a) Que no sea anónima;
- b) Que se presente por escrito;
- c) Que no constituya un abuso del derecho a presentar comunicaciones o sea incompatible con las disposiciones de la Convención y/o de sus Procolos Facultativos;
- d) Que no se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o que haya sido o esté siendo examinada en virtud de otro procedimiento de investigación o arreglo internacional;
- e) Que se hayan agotado todos los recursos internos disponibles, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o que sea improbable que con ellos se logre una reparación efectiva;
- f) Que no sea manifiestamente infundada o no esté suficientemente fundamentada;
- g) Que se refiera a hechos sucedidos después de la fecha de entrada en vigor del Protocolo para el Estado parte de que se trate, salvo que esos hechos hayan continuado produciéndose después de esa fecha;
- h) Que se haya presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo.

Pero si estos requisitos los encontramos normalmente en todos los procedimientos, algunos de ellos deberán ser interpretados especialmente para el caso de los niños. Así por ejemplo, el concepto de "presentación por escrito" en una era tecnológica en la que los niños y jóvenes utilizan cada vez menos el papel y más las nuevas tecnologías de información y comunicación, debe ser interpretado a la luz de estos tiempos. Igualmente, el requisito del previo agotamiento de los recursos internos puede presentar muchas excepciones nuevas. No debe olvidarse que la mayor parte de

los Estados no reconocen legitimación activa ante sus tribunales internos a los niños y que no sería razonable que la falta de diligencia por parte de quien debería haber actuado en nombre del niño agotando los recursos internos limitara el derecho del niño a acudir ante el Comité. Por tanto deberá distinguirse entre las situaciones en que no se han agotado los recursos internos porque todavía quedan recursos donde se puede acudir y aquellos otros supuestos en los que no se agotaron porque caducó el plazo para acudir por parte de quien debía actuar en nombre del niño. En este segundo caso no será difícil que el Comité considere que el no agotamiento de los recursos internos no es imputable al niño y, por tanto, admita la reclamación. Lo mismo se puede decir respecto de la interpretación del término de un año tras el agotamiento de los recursos “salvo que se demuestre que no fue posible.”

Las competencias del Comité en este procedimiento de comunicaciones son semejantes a las que tienen los demás Comités, pudiendo, una vez declarada admisible una demanda, bien poner sus buenos oficios a disposición de las partes para que se llegue a una solución amistosa; o bien examinar el fondo de las comunicaciones y realizar un dictamen sobre si se ha violado la Convención.

Conforme a lo previsto en el Protocolo, el Estado parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y le enviará una respuesta por escrito que incluya información sobre las medidas que haya adoptado o tenga previsto adoptar. Igualmente, el Comité podrá invitar al Estado parte a presentar más información sobre las medidas que haya adoptado en atención a su dictamen o recomendación, o en aplicación de un acuerdo de solución amigable, si lo hubiere, en particular, si el Comité lo considera procedente, en los informes periódicos de la Convención o de algunos de los Protocolos.

También se prevé la posibilidad de que todo Estado parte en el Protocolo pueda declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple las obligaciones dimanantes de cualquiera de los instrumentos en que ese Estado sea parte. Pero, como es sabido, con independencia de que se haga o no esa declaración, es éste un procedimiento que no se utiliza nunca ante ningún Comité.

Finalmente, el OPIC prevé también, en su art. 13, la posibilidad de que el Comité realice una

investigación en caso de violaciones graves y sistemáticas de los derechos del niño en un Estado parte. Conform a dicho artículo, si el Comité recibe información fidedigna que indique violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de los derechos enunciados en la Convención o en sus Protocolos, invitará a ese Estado a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sin dilación sus observaciones al respecto. El Comité, teniendo en cuenta las observaciones que haya presentado el Estado parte, así como cualquier otra información fidedigna que se haya puesto a su disposición, podrá designar a uno o más de sus miembros para que realicen una investigación confidencial y le presenten un informe con carácter urgente.

Cuando se justifique, y previo consentimiento del Estado parte, la investigación podrá incluir una visita al territorio de éste.

Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá sin dilación al Estado parte de que se trate, junto con sus observaciones y recomendaciones.

El Estado parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité lo antes posible, dentro de un plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que reciba los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité. Transcurrido el plazo de seis meses el Comité, de ser necesario, podrá invitar al Estado parte de que se trate a que lo informe de las medidas que haya adoptado y tenga previsto adoptar. También podrá invitar al Estado parte a presentar más información sobre las medidas que haya adoptado en atención la investigación, en particular, si el Comité lo considera procedente, en los informes periódicos de la Convención o de algunos de los Protocolos.

Es importante señalar que, conforme a lo establecido en el OPIC, esta competencia de investigación la tiene el Comité salvo que un Estado parte haga una declaración expresa en contra. Así, según el art. 13, “cada Estado parte podrá declarar, en el momento de firmar o ratificar el presente Protocolo o de adherirse a él, que no reconoce la competencia del Comité prevista en el presente artículo con respecto a los derechos enunciados en los instrumentos enumerados en el párrafo 1, o en algunos de ellos”. Se trata de una diferencia importante, por ejemplo, respecto de lo previsto para las comunicaciones entre Estados. En éstos casos sólo es competente el Comité si hay un reconocimiento expreso. Por el contrario, para realizar investigaciones un estado debe “descararse” en el

momento de la ratificación del Protocolo señalando expresamente que no reconoce competencia al Comité para realizarlas en el caso hipotético que él realice una violación grave o sistemática de los derechos de los niños.

Con todo lo señalado podemos afirmar que, por fin, los Estados reconocen a los niños, a través del OPIC, como sujetos de derecho con plenos efectos. Son titulares plenos de los derechos humanos y podrán reclamar como todos los demás titulares de derechos humanos, en el caso de que no les sean respetados.

El cambio de paradigma que inició la Convención iniciando el camino para que el niño dejara de ser un objeto de regulación jurídica para ser un sujeto titular de derechos, lo cierra el OPIC reconociéndoles el derecho pleno a reclamar su respeto.

Pero, naturalmente, este protocolo presenta nuevos retos al órgano encargado de aplicarlo, justo en un momento de incertidumbre sobre el futuro del sistema de órganos de tratados.

III. LOS RETOS DEL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO ANTE EL TERCER PROTOCOLO Y EL PROCESO ABIERTO DE REFORZAMIENTO DEL SISTEMA DE ÓRGANOS DE TRATADOS

Al describir el contenido de la Convención señalábamos que dejábamos para esta parte el análisis de las disposiciones sobre su sistema de control. Dichas normas regulan la composición y competencias del Comité de Derechos del Niño como órgano de control de la aplicación de la Convención.

Y es que la Convención de los Derechos del Niño es, como hemos señalado, uno de los nuevos tratados de derechos humanos elaborados en el marco de las Naciones Unidas que prevén la creación de un Comité específico encargado del control de su aplicación.³⁰

Todos estos Comités están formados por expertos independientes elegidos por los Estados Parte en cada uno de los tratados y todos ellos tienen entre sus funciones el examen de los informes periódicos que deben presentar los Estados, así como el examen de comunicaciones individuales por violaciones de los derechos contenidos en el tratado correspondiente.³¹ Igualmente, todos ellos tienen funciones importantes de interpretación del contenido de los respectivos tratados, que suelen ejercer, además de a través de la función de

control de los Estados, por medio de Comentarios Generales u otras decisiones.

Debemos afirmar que la creación de este tipo de órganos de control *ad hoc* no fue algo premeditado y diseñado con anterioridad. Muy al contrario, se trata de una construcción empírica que se inició en 1965 con la creación del Comité contra la Tortura y que se ha ido continuando a lo largo de los años hasta llegar, en el momento de escribir estas líneas, hasta los 9 actuales. Pero aunque cada Comité ha sido creado de forma independiente, *ad hoc*, y tiene su propia base de competencia en su correspondiente tratado, lo cierto es que, poco a poco, ha ido configurándose un “sistema” que los agrupa e intenta coordinar. A ello ha ayudado, en primer lugar, el que todos hayan sido creados por el mismo procedimiento (a través de un tratado de derechos humanos) y se les hayan encomendado funciones semejantes (aunque con especificidades para cada uno de ellos). En segundo lugar, el que la secretaría de todos ellos esté proporcionada por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de forma que se comparte entre todos ellos parte del personal y se centralizan servicios como la secretaría de comunicaciones individuales. En tercer lugar, la existencia de problemas comunes a los que hacer frente y la necesidad de evitar una fragmentación excesiva en la doctrina de interpretación de los tratados en materias siempre conexas, lo que ha llevado a crear mecanismos de coordinación entre los que destaca la reunión anual de Presidentes de Comités, así como el reciente inicio de la práctica de elaborar Comentarios Generales entre varios Comités a la vez.³²

Y, como hemos señalado, el Comité de Derechos del Niño, que forma parte de ese “sistema”, se encuentra precisamente en el centro de los principales retos de futuro que enfrenta la Convención de derechos del niño: de una parte la reciente aprobación del tercer Protocolo facultativo que prevé la posibilidad de presentar comunicaciones individuales ante el Comité por violaciones de la Convención así como que el Comité pueda realizar investigaciones en casos de violaciones graves o sistemáticas de la convención. De otra parte, esta ampliación de competencias del Comité se realiza justo en el momento en que todo el sistema de órganos de tratados de derechos humanos se encuentra inmerso en un proceso denominado de “fortalecimiento”, que no está siendo pacífico.

Y es que, si bien es cierto que la multiplicación de tratados, de órganos de control y de procedimientos vinculados a los mismos, ha permitido,

sin duda, una mejor y más específica protección de un número cada vez mayor de personas; también es cierto que el Sistema se ha ido haciendo grande, demasiado grande. A lo largo de los cuatro últimos decenios, la capacidad del sistema convencional de órganos de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas ha superado sus límites. La evolución producida en los últimos años, con el aumento de tratados, protocolos, Comités y Estados Parte significa también que el sistema se ha convertido cada vez más en complejo, opaco y pesado, con nueve Comités formados por 172 expertos en total. Cada Comité tiene su propio sistema de análisis de informes de los Estados y de examen de comunicaciones. Más de 100 Estados son Parte al menos en 7 de los 9 tratados, lo que implica que cada uno de ellos debe presentar más de un informe por año a alguno de los Comités. Informe que requiere un esfuerzo y un tiempo considerable en cada uno de los Estados. Además, por su parte, los Comités no disponen de presupuesto para reunirse todo lo que haría falta para examinar tan ingente número de informes.³³ Consecuencia clara de esta situación es que todos los Comités (algunos de forma excesiva) acumulan un elevado retraso en el análisis de informes y examinan habitualmente informes presentados más de dos años antes de su examen. Si no se ha desbordado ya el sistema es porque un número no despreciable de Estados no cumplen su obligación de presentar los informes cuando deben.

Por dar algunos datos que iluminen el problema, podemos señalar que los informes de los Estados parte sometidos al conjunto de los 6 comités que funcionaban en el año 2000 fueron 102 (cuando entre todos tratados de derechos humanos sumaban 927 ratificaciones) y en el año 2011 los informes sometidos por los Estados al conjunto de los 9 comités en funcionamiento fueron 136 (ya con 9 tratados más los dos protocolos de la Convención de los Derechos del Niño, que exigen también la presentación de informes, y sumando entre todos ellos 1586 ratificaciones). Este desfase en la presentación de informes sólo se ve compensado por el retraso en su evaluación por los Comités, pues si en el año 2000 los seis comités existentes aprobaron 68 observaciones finales a estados tras examinar sus informe, en el año 2011 los nueve comités existentes aprobaron 118 observaciones finales.

Esta situación ha provocado que, si en el año 2000 había aproximadamente 200 informes de Estados pendientes de revisión por los seis comités en funcionamiento, el 21 de marzo de 2012 eran 281 los informes presentados por los Estados

parte y pendientes de examen. De esta forma, el tiempo medio de retraso entre la presentación del informe por el Estado y su evaluación en los comités es de entre 2 y 4 años, salvo en el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que la medio de retraso es de entre 6 y 7 años.

Con los niveles actuales de ratificaciones, y si todos los Estados Partes informaran con la periodicidad prevista, los órganos de tratados deberían revisar un promedio anual de 320 informes de Estados y en la actualidad dichos órganos tienen capacidad para examinar sólo una tercera parte.³⁴

La situación respecto de las comunicaciones individuales presentadas ante los Comités es todavía más lamentable, existiendo en la actualidad un periodo de tiempo entre la presentación de la comunicación y la resolución del comité de dos años y medio de media.

Ante una situación tan dramática, en la que si el sistema no se ha colapsado ha sido porque los Estados incumplen sus obligaciones, es necesario hacer algo que lleve, de una parte, a facilitar a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones no poniéndoles tareas inasumibles y, de otra, que permita a los Comités responder al desafío de tal cumplimiento.

Es en este marco en el que debe ser contemplada la iniciativa lanzada, a partir de otoño de 2009, por la actual Alta Comisionada, la Sra. Navanethem Pillay, de un proceso en el que se han empezado a implicar todos los agentes que participan (las agencias y órganos de las Naciones Unidas, los órganos de tratados, los Estados Parte en los tratados, las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, la sociedad civil organizada, expertos académicos, etc.).

A lo largo de los años 2010 y 2011 se organizaron un gran número de consultas por las partes interesadas y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Dichas consultas se iniciaron con la redacción del denominado Documento de Dublín sobre el Proceso de Fortalecimiento del Sistema de Órganos de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en noviembre de 2009, por parte de 36 antiguos y actuales miembros de órganos de tratados.³⁵ A partir de dicha Declaración y siguiendo la "hoja de ruta" en ella marcada, se reunieron, en Marruecos, las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos en junio de 2010. En septiembre del mismo año se elaboró la Declaración de Pozman sobre el mismo tema con siete presidentes de órganos de tratados entre sus signatarios. En noviembre de 2010, veintiuna ONG de especial relieve respondieron

por escrito a la Declaración de Dublín. El mismo mes se realizó en Ginebra una consulta sobre la mejora en la implementación y seguimiento y la maximización de la complementariedad entre los órganos de tratados, los procedimientos especiales y el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos. Se celebraron dos consultas con la sociedad civil en Seúl en abril de 2011 y en Pretoria en junio de 2011. Veintitrés ONG publicaron en octubre de 2011 una declaración conjunta sobre los procedimientos de comunicaciones. En septiembre del mismo año se celebró en Bristol una reunión de alto nivel con participación de representantes de todos los grupos interesados. En mayo de 2011 se celebró en Sión una consulta técnica con algunos Estados interesados. En octubre de 2011 se celebró en Lucerna una consulta para expertos académicos y en octubre y noviembre de 2011 se celebraron dos más en Nueva York y Ginebra para entidades de la ONU y mecanismos regionales. Los expertos de órganos de tratados celebraron varios “retiros de fin de semana” entre octubre de 2010 y mayo de 2011 y una consulta específica sobre comunicaciones individuales en octubre de 2011. Todo ello dio lugar, en noviembre de 2011 y con el apoyo del gobierno de Irlanda, a una nueva reunión de todos los presidentes de órganos de tratados junto a otros expertos miembros de los mismo, así como gran parte de los coordinadores de los eventos descritos y otros expertos, en la que se aprobó el denominado *Documento de Dublín II* que pronto se convirtió en un documento clave para el debate.

Dicho documento fue sometido a una discusión de todos los Estados interesados en Ginebra en febrero de 2012 y en Nueva York en abril de 2012. A la vez que la Alta Comisionada anunciaba la publicación de un informe con recomendaciones respecto al reforzamiento del sistema de órganos de tratados para junio de 2012.

Como puede observarse de la descripción realizada, desde 2009 hasta principios de 2012 se trató de un proceso capitaneado por la Alta Comisionada de Derechos Humanos y en el que todos los posibles agentes interesados (órganos de tratados, agencias de Naciones Unidas, sociedad civil, expertos y Estados) eran tratados en nivel de igualdad. Se trataba de un proceso basado en informes y opiniones expertas que desgranaban los problemas principales que presenta la práctica e intentaban aportar soluciones desde una perspectiva “experta” y lo más “técnica” posible.

Pero estamos hablando de derechos humanos. Y, si bien es verdad que la eficacia de un “sistema” puede analizarse desde una perspectiva

técnica, también lo es el contenido político de la materia es innegable. Está en juego el sistema de control a los Estados de sus obligaciones por parte de las Naciones Unidas y, en consecuencia, el poder de interpretación de las obligaciones de los Estados por parte de órganos formados por expertos independientes.

Sin duda, el legislador internacional, es decir los Estados, han aceptado la participación en los procesos de negociación de textos internacionales de actores no estatales. Las organizaciones internacionales, las ONG y la opinión de algunos expertos internacionales es tenida en cuenta por los Estados en el proceso de celebración de tratados. Y esta realidad es especialmente visible en ámbitos de gestión de intereses colectivos de la Comunidad internacional como es el caso del medio ambiente o de los derechos humanos.³⁶

Pero una cosa es que los actores no estatales emitan sus opiniones, realicen actividades de *lobby* y estén presentes en los foros de negociación, y otra cosa bien diferente es que sean esos actores no estatales los que dirijan la negociación de las obligaciones de los Estados. Y, como era de esperar, no tardaron los Estados en hacerlo notar.

Fue así como el 16 de febrero de 2012, liderados por la Federación de Rusia, un grupo de Estados formado por Belarús, Bolivia, China, Cuba, Indonesia, Irán, Nicaragua, Pakistán, República Árabe Siria, Tayikistán, Venezuela y Zimbabwe, presentaban un proyecto de resolución a la Asamblea General³⁷ en el que se reclamaba que fuera la ésta la que tomara las riendas de ese proceso, de forma que el proceso se “intergubernamentalizara”. En otras palabras, que fueran los Estados los que decidieran la forma y el contenido de la posible “reforma”, “fortalecimiento”, “mejora” del “sistema”.

Con una ligeras modificaciones exigidas principalmente por los Estados Unidos y por los Estados miembros de la Unión Europea para apoyar el proyecto, se aprobó finalmente por la Asamblea General el 23 de febrero de 2012 (es decir, después de la reunión de la Alta Comisionada con todos los Estados interesados celebradas en Ginebra en febrero de 2012 y antes de la prevista en Nueva York en abril de 2012) la resolución 66/254 que lleva por título *Proceso intergubernamental de la Asamblea General para fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos* y en la que:

“Observando con aprecio la iniciativa y los esfuerzos de la Alta Comisionada de las Nacio-

nes Unidas para los Derechos Humanos encaminados a que se celebraran consultas con múltiples interesados para reflexionar sobre el modo de simplificar y fortalecer el sistema de órganos creados en virtud de tratados,

“Observando que el proceso de consulta con múltiples interesados entrañó la celebración de varias reuniones en las que participaron representantes de Estados Miembros, órganos creados en virtud de tratados, instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas, así como eventos organizados por diversos Estados Miembros”...

1. Solicita al Presidente de la Asamblea General que ponga en marcha un proceso intergubernamental abierto, en el marco de la Asamblea ..., a fin de celebrar negociaciones abiertas, transparentes e inclusivas sobre el modo de fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos;

...

3. Decide que, en sus deliberaciones, el proceso intergubernamental abierto antes mencionado tomará en consideración las propuestas pertinentes sobre el fortalecimiento y la mejora del funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, incluidas las que figuren en los informes del Secretario General y el informe de recopilación que preparará la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y, a ese respecto, invita a la Alta Comisionada a que le presente el informe de recopilación en junio de 2012 a más tardar;

4. Reafirma que en las deliberaciones que se celebren en el marco del proceso intergubernamental abierto podrán participar todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y Estados observadores, las organizaciones intergubernamentales pertinentes y los órganos competentes de las Naciones Unidas;

...

6. Solicita también al Presidente de la Asamblea General que, tras celebrar consultas con los Estados Miembros, establezca arreglos oficiosos separados para que el proceso intergubernamental abierto pueda beneficiarse de las aportaciones y los conocimientos especializa-

dos de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes, teniendo presente el carácter intergubernamental del proceso mencionado en el párrafo 1 supra.

En otras palabras, la Asamblea acuerda que se abra un proceso intergubernamental en el que puedan participar todos los Estados miembros, más los Estados observadores (que son parte en algunos de los tratados de derechos humanos), las organizaciones intergubernamentales (que tienen sus propios sistemas de derechos humanos) y los órganos de Naciones Unidas con competencia (que deben implementar el acuerdo). Los trabajos llevados a cabo hasta ese momento serán “tomados en consideración” y las opiniones de actores no gubernamentales, incluidos los propios órganos de tratados, puedan ser escuchadas, a través de arreglos oficiosos, tras celebrar consultas con los Estados Miembros.

Los Estados nos recuerdan que ellos son los “dueños” del sistema de órganos de tratados y que, por tanto, cualquier modificación del mismo son ellos quienes deben proponerla, negociarla y aceptarla.

Para iniciar este proceso, el Presidente de la Asamblea General nombró, conforme a lo solicitado en la resolución, dos cofacilitadores³⁸ que, tras diversas reuniones con los Estados³⁹ y con otros actores interesados,⁴⁰ han presentado un informe sobre las actividades realizadas durante los primeros 6 meses de este proceso intergubernamental, recomendado que sea prorrogado al menos hasta el siguiente periodo de sesiones.⁴¹

Finalmente, el 17 de septiembre de 2012 se aprobaba la resolución 66/295 de la AG sobre *Prórroga del proceso intergubernamental de la Asamblea General para fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, en la que se “Decide prorrogar el proceso intergubernamental hasta el sexagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General a fin de profundizar los debates realizados hasta ahora con el objetivo de determinar, en el próximo período de sesiones de la Asamblea, medidas concretas y sostenibles para fortalecer y mejorar el eficaz funcionamiento del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.”

Estamos, por tanto, en pleno proceso intergubernamental de debate y negociación sobre medidas a adoptar. No está siendo un proceso pacifi-

co. Muy al contrario las posiciones de los Estados se encuentran bastante alejadas y, a su vez, las posiciones del conjunto de Estados se diferencian de las de los agentes que participaron en el origen del proceso, es decir, el Alto Comisionado y los propios órganos de tratados.

En todo caso, las cuestiones fundamentales de este proceso vienen referidas a la composición de los órganos y la elección de sus miembros; los métodos de trabajo de los Comités; la integración de este "sistema" en el conjunto más amplio del "sistema internacional de protección de derechos humanos"; y el necesario compromiso de los Estados para hacer posible el reforzamiento del sistema y, consecuentemente, el mayor y mejor respeto de los derechos humanos.⁴²

No vamos a desarrollar este proceso en este trabajo, pero sí hemos de ser conscientes, al analizar los retos que enfrenta en el futuro cercano el Comité de Derechos del Niño, que él es uno de los órganos que se encuentra inmerso en este proceso y en el marco del cual debe, precisamente, afrontarlos.

El Comité de Derechos del Niño está formado por 18 expertos de los que se predica la condición de independencia, especialización, competencia, disponibilidad, reparto geográfico, representación de las diversas culturas jurídicas, equidad de género y multidisciplinariedad.

Para conseguir estos requisitos, la Convención prevé, en primer lugar, que la elección de los miembros deberá hacerse, a propuesta de los Estados, por la mayoría de los Estados Parte. Y aunque en la Convención de los Derechos del Niño, a diferencia de otros tratados, no se prevé explícitamente un reparto geográfico, este criterio se respeta más o menos, de hecho, en todas las elecciones.

Sin duda, una parte importante de los candidatos propuestos por los Estados reúnen todas las características antes señaladas. Pero también es cierto que el procedimiento de propuesta de candidatos, el de elección por parte de los Estados y las características de alguno de los expertos electos, presentan graves carencias en relación a los requisitos necesarios para conseguir la independencia de los expertos y, por ende, del Comité.

Así, en muchos casos no son conocidas las motivaciones que han llevado a un Estado a proponer un determinado candidato. Son muy raros los supuestos en que el Estado consulta con las instituciones nacionales de derechos humanos, la sociedad civil organizada especializada en el ámbito de cada Comité, o los expertos científicos o académicos en la materia. No son escasos los

supuestos en que cuesta ver, mirando el curriculum del candidato, cual es su especialización en el ámbito de los derechos del niño. Tampoco son escasos los supuestos en que el Estado propone como candidato a un diplomático o alto funcionario de la administración del Estado (en cuyo caso es difícil la presunción de independencia) o a una persona que podría plantear conflicto de intereses respecto de los temas a tratar en el Comité.

Estas situaciones descritas no tendrían especial importancia si, en el proceso de elección, los candidatos fueran sometidos a un riguroso sistema de selección en el que existieran causas claras de incompatibilidad y se examinara la idoneidad de los candidatos para el puesto de experto al que se presentan. Pero lo cierto es que la elección se produce por votación secreta de los Estados Parte y no existen procedimientos públicos previos de examen de la idoneidad.

Esta afirmación no significa que no existan procedimientos de examen. El autor de estas líneas confiesa que se quedó gratamente sorprendido de muchas de las experiencias vividas durante su proceso de selección para el Comité de los Derechos del Niño. Por una parte, fue entrevistado por la sociedad civil organizada que, en la búsqueda de una mayor transparencia, ha iniciado procedimientos públicos de examen a través de entrevistas voluntarias que luego publican y a partir de cuyos resultados hacen cierto cabildeo entre los Estados. Por otra parte, fue más elevado de lo esperado el número de Estados que pidieron una entrevista y que se presentaron a la misma con una delegación formada por varios expertos a fin de realizar preguntas a fondo sobre la Convención, sus Protocolos, los métodos de trabajo y mi experiencia previa. Es cierto que no siempre tuvo claro si las preguntas las realizaban para saber si el candidato era o no un experto independiente o para averiguar cual iba a ser su actitud ante ciertos problemas propios del Estado que realizaba el examen. Pero en todo caso, todo ello incide en el carácter independiente del candidato. Desgraciadamente, no todas las entrevistas fueron iguales y nadie se entrevista con los 193 Estados Parte, por lo que no está claro en que basaron esos otros Estados su decisión sobre la candidatura.

En nuestra opinión, debería plantearse la realización de exámenes públicos por parte de los Estados a los candidatos, con presencia en el público de la sociedad civil organizada y de los medios de comunicación. Ello haría que todos los candidatos pudieran ser examinados por todos los Estados; evitaría que, en el marco de las entrevistas personales, un candidato diga una cosa a unos Estados

y la contraria a otros; implicaría un elevado ahorro de tiempo y dinero de largas campañas con los candidatos presentes en Nueva York; visibilizaría la idoneidad de los candidatos ante las opinión pública y haría ganar en independencia, calidad y prestigio al Comité. La transparencia es un aliado inmejorable de la independencia y la calidad del proceso de selección. El sistema de elección de los miembros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pensamos que es un buen ejemplo de estas afirmaciones.

Por otra parte, además de la independencia, debe buscarse que los expertos que forman parte del Comité sean, como hemos dicho, especialistas, competentes, con disponibilidad, con un reparto equitativo tanto de carácter geográfico, como de las diversas culturas jurídicas, de género y de disciplinas implicadas (juristas, médicos, sociólogos, economistas, trabajadores sociales, psicólogos, etc.) Conseguir ese resultado, lo que no siempre se hace hasta la fecha, depende tanto de la designación de candidatos por los Estados, como de los procesos de selección. Sin duda, ambos pueden y deben mejorarse, especialmente ahora que, además de cumplir sus funciones de control, deberá examinar comunicaciones individuales sobre violaciones de la Convención.

Respecto de las competencias del Comité, de conformidad con la Convención éstas pueden clasificarse en explícitas e implícitas. La competencia explícita por excelencia es el ejercicio de la función de control del respeto de la Convención por los Estados parte, a través del análisis de los informes iniciales y periódicos de los Estados y la formulación de observaciones a los Estados.

Respecto de las competencias implícitas, éstas son fundamentalmente las de interpretación y promoción de la Convención. Dichas competencias las ejerce el Comité a través de medidas de seguimiento de sus observaciones a los Estados;⁴³ la redacción y aprobación de observaciones generales cuya finalidad es esclarecer la interpretación de determinadas disposiciones de la Convención o de las obligaciones de los Estados en relación con determinadas situaciones a la luz de los derechos del niño contemplados en la Convención;⁴⁴ la celebración de Días de discusión general, consistentes en dedicar cada año un día de debate general a un artículo específico de la Convención sobre los Derechos del Niño o a una cuestión relativa a los derechos del niño, de conformidad con el artículo 79 de su Reglamento;⁴⁵ o la adopción de un conjunto de decisiones denominadas "recomendaciones" y que, bien tienen naturaleza "jurisprudencial" por cuanto ayudan a interpretar

la Convención,⁴⁶ o bien vienen referidas a la organización de sus trabajos.⁴⁷

Se trata, por tanto, de muchas actividades a realizar durante sus tres periodos de sesiones por año, de 4 semanas de duración cada una de ellos. Sin duda, el trabajo principal llevado a cabo y el que consume mayor tiempo es el del control del cumplimiento por parte de los Estados a través del diálogo interactivo con los Estados a partir de los informes iniciales (en los dos primeros años tras la ratificación de la Convención y de cada uno de los dos primeros protocolos) o de los informes periódicos (cada cinco años), así como de toda otra información recibida por los miembros del Comité ya proceda de instituciones internacionales, la sociedad civil o instituciones académicas o científicas.

Como antes hemos señalado, el Comité acumula un elevado retraso en el análisis de los informes, superior a los dos años, y si no se ha colapsado el sistema es porque no es despreciable el número de Estados que están retrasados en la presentación de sus informes.

Y es en este contexto en el que se plantean las nuevas competencias que el tercer protocolo atribuye al Comité. Competencias que se proyectan en dos ámbitos: la recepción y análisis de comunicaciones individuales por violación de la Convención o de sus Protocolos; y la posibilidad de que el Comité realice investigaciones en supuestos de violaciones graves o sistemáticas de la Convención o sus Protocolos.

Si se mantienen los actuales métodos de trabajo y la duración de los periodos de sesiones, la alternativa es clara: o la actividad de control se retrasa todavía más (lo que la haría insostenible) o son inasumibles las nuevas funciones.

Esta última posición sería dramática. Puede afirmarse que con el OPIC, los niños dejan de ser mini-personas con mini-derechos, para ser definitivamente personas con derechos plenos que pueden hacer valer no sólo en el ámbito interno sino también en el internacional. Por tanto, no cumplir con las expectativas abiertas por el OPIC deslegitimaría el sistema.

Además, el OPIC permite también al Comité realizar investigaciones cuando hay constancia de violaciones graves o sistemáticas en un Estado de la Convención de los Derechos del Niño. La posibilidad de realizar dichas investigaciones evitará que el control de la aplicación sea sólo "reactivo" ante los informes presentados por los Estados y que el Comité pueda llegar a actuar ante situaciones realmente graves de violación de los derechos del niño sin tener que esperar a que el Estado se

presente voluntariamente ante el Comité presentando un informe. Y ello requiere más medios.

En este sentido el OPIC supone un reto importante para el sistema de órganos de tratados. Un sistema universal de este tipo al que pueden acudir alrededor de 2.500 millones de niños es un reto al que el sistema de órganos de tratados de Naciones Unidas debe responder con los medios adecuados

IV. CONCLUSIONES

En las páginas precedentes hemos intentado mostrar los importantes cambios que supuso en su día la Convención de los Derechos del Niño. Estamos ante un texto revolucionario que ha conseguido su ratificación casi universal, pero que todavía está lejos de conseguir un cumplimiento universal.

Sin duda, para conseguir ese cumplimiento es fundamental el sistema de control. De control general del cumplimiento del Estado a través del sistema de informes periódicos presentados ante

el Comité, y de control particular a través del análisis de las comunicaciones individuales presentadas ante el Comité de Derechos del Niño por violación de sus disposiciones o a través de la realización de investigaciones por violaciones graves o sistemáticas.

Este es el gran reto que se nos presenta: garantizar las normas. El Tercer Protocolo Facultativo a la Convención ha cerrado el ciclo normativo para conseguirlo. Pero ahora hay que conseguir que el sistema de garantía creado funciones bien y sea eficaz.

Para ello es preciso introducir mejoras, reforzar el conjunto del sistema del que forma parte el Comité, mejorar los procedimientos de trabajo y dotar al Comité de más medios. El debate está abierto. La Asamblea General ha tomado las riendas de ese debate y los Estados plantean posiciones no muy homogéneas. Esperemos que, al final, sea el interés superior de los más de 2.500 millones de niños el que oriente la posición de los Estados.

NOTAS

1. Art. 21: "Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial."
2. Artículo 9-1: "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño."

Art. 9-3: "3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño."
3. *Consequences juridiques de l'edification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, CIJ, *Recueil*, par. 113.
4. *Ibidem*, par. 109
5. Artículo 24.
6. Artículos 28 y 29.
7. Artículo 31.
8. Artículo 12.
9. Artículo 13.
10. Artículo 15.
11. Artículo 11.
12. Artículo 19.
13. Artículo 21.
14. Artículo 32.
15. Artículo 33.
16. Artículo 34.
17. Artículo 35.
18. Artículo 36.
19. Artículo 37.
20. Artículo 20.
21. Artículo 22.
22. Artículo 23.
23. Artículo 25.
24. Artículo 30.
25. Artículo 38.
26. Artículo 39.
27. Artículo 40.
28. Los nueve tratados son: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (de 21 de diciembre de 1965); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de 6 de diciembre de 1966); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de 16 de diciembre de 1966); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (de 18 de diciembre de 1979); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (de 10 de diciembre de 1984); la Convención sobre los Derechos del Niño (de 20 de noviembre de 1989); la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (de 18 de diciembre de 1990); la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (de 13 de diciembre de 2006); y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (de 20 de diciembre de 2006).
29. Los nueve Comités son: el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Comité contra las Desapariciones Forzadas.
30. *Vide supra* notas 28 y 29.
31. En el momento de redactar estas líneas, aunque los 9 Comités tienen reconocida a través de Protocolos facultativos la competencia para conocer de reclamaciones individuales, en tres de ellos dicha competencia todavía no se ejerce por no haber entrado en vigor el Protocolo que les reconoce dicha competencia. Este es el caso del Comité de Derechos del Niño, tal como veremos en el apartado siguiente de este trabajo.
32. Del que un excelente ejemplo es la actual elaboración entre el Comité de Derechos del Niño y el Comité de Derechos de la Mujer sobre

- prácticas dañinas para la niñas, en especial la mutilación genital.
33. En 2011, entre todos ellos sumaron 73 semanas de reunión y debe tenerse en cuenta que la media suele ser de dos días por Estado (medio día para preparar la sesión con él y, en su caso, hacerle preguntas por escrito, más un día dedicado al diálogo con los representantes del Estado y otro medio día dedicado a la redacción de las observaciones. Además, debe incluirse en esas 73 semanas el tiempo dedicado al análisis de las comunicaciones individuales, a la redacción de comentarios generales, reuniones para mejorar los métodos de trabajo, etc.
 34. Todos los datos citados están extraídos del informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el fortalecimiento de los órganos de derechos humanos presentado a la Asamblea General el 26 de junio de 2012 (A/66/860).
 35. La Declaración fue preparada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Nottingham.
 36. Vide: Rios Rodríguez, J.: *L'expert en droit international*, Paris, 2010.
 37. A/66/L.37, de 16 de febrero de 2012.
 38. Parágrafo 2 del dispositivo de la resolución 66/254 de la AG. En cumplimiento de dicha solicitud, el 11 de abril de 2012, el Presidente de la AG nombró cofacilitadores del proceso a la Sra. Greta Gunnarsdottir, Representante Permanente de Islandia ante las Naciones Unidas, y al Sr. Desra Percaya, Representante Permanente de Indonesia ante las Naciones Unidas.
 39. Entre ellas destacan dos reuniones oficiosas con los Estados Miembros, celebradas el 12 de junio y 2 de julio de 2012, respectivamente, así como numerosas consultas bilaterales con Estados Miembros y un conjunto de consultas oficiosas celebradas los días 6, 10, 11 y 12 de septiembre de 2012 para examinar el proyecto de resolución presentado en septiembre para prorrogar el proceso intergubernamental abierto.
 40. En especial, una videoconferencia con los Presidentes de los órganos creados en virtud de tratados celebrada el 25 de junio de 2012; diversos debates temáticos celebrados del 16 al 18 de julio de 2012 con expertos de los órganos creados en virtud de tratados y representantes de instituciones nacionales de derechos humanos y la sociedad civil, que participaron en calidad de expertos; y un foro de la sociedad civil celebrado el 4 de septiembre de 2012 para brindar a ésta la oportunidad de contribuir al debate relativo a fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.
 41. Doc. A/66/902, de 14 de septiembre de 2012.
 42. Sobre estas cuestiones, ver nuestro trabajo: "¿Hacia el fortalecimiento del sistema de órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas?", en *Liber Amicorum al Prof. José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, ed. Tirant lo Blanch, pp. 378 y ss.
 43. Lo que puede realizar a través de seminarios regionales, visitas, informes complementarios, etc.
 44. Hasta la fecha, el Comité ha aprobado 13 Observaciones generales sobre los siguientes temas: 1. Propósitos de la educación (2001); 2. El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos (2002); 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño (2003); 4. La salud de los adolescentes (2003); 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (2003); 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005); 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia (2005); 8. El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (2006); 9. Los derechos de los niños con discapacidad (2006); 10. Los derechos del niño en la justicia de menores (2007); 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención (2009); 12. El derecho del niño a ser escuchado (2009); y 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (2011). En la actualidad el Comité se encuentra elaborando otras cinco observaciones generales sobre los siguientes temas: El interés superior del niño (art. 3.1); El derecho al juego (art. 31); El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24); Derechos del niño y prácticas dañinas para la salud; y Derechos del niño y empresas privadas.
 45. Hasta la fecha, los días de discusión general que se han celebrado han sido: Los Niños y los Conflictos Armados (1992); Explotación Económica (1993); el Rol de la Familia (1994); Las Niñas (1995); el Niño y los Medios de Comunicación (1996); Niños con Discapacidades (1997); VIH y SIDA (1998); Décimo aniversario: Medidas Generales de Implementación (1999); La Violencia Estatal contra los Niños (2000); Violencia contra los Niños en la Familia y en la Escuela (2001); el Sector Privado y su Rol en la Implementación de los Derechos del Niño (2002); Los Derechos de los Niños Indí-

genas (2003); Implementación de los Derechos del Niño en la Temprana Infancia (2004); Niños sin Cuidado de los Padres (2005); Hablar, Participar y Decidir – el Derecho de los Niños a ser Escuchados (2006); Recursos para los derechos del Niño - Responsabilidad del Estado (2007); El derecho del niño a la educación en situaciones de emergencia (2008); Niños de padres en prisión (2011); Niños y migraciones (2012).

46. Es el caso de las “recomendaciones” sobre “Niños en conflictos armados” (1998); “Justicia de menores” (1999); o “Niños sin protección parental” (2005).
47. Como por ejemplo, las recomendaciones sobre “Contenido y tamaño de los informes” (2002); sobre “Informes combinados” (2002 y 2003); o sobre “Trabajo en 2 Cámaras” (2003 y 2008).

EL NUEVO ROSTRO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA: HACIA UNA GARANTÍA REAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

• • • • •

Julieta Morales Sánchez

Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; Doctora en Derecho con Mención Honorífica por esta misma Facultad; Consultora del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Miembro fundadora del Instituto Colombiano de Derechos Humanos.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El Derecho internacional de los derechos humanos, siguiendo a Thomas Buergenthal, se entiende como las “normas relativas a la protección de los individuos y los grupos contra las violaciones gubernamentales de sus derechos garantizados internacionalmente y también al fomento de estos derechos.”¹

El reconocimiento de la Derecho internacional generalmente se produce en los textos constitucionales pero, en algunas ocasiones, no se hace con la claridad deseada. En cualquier caso, los órganos de justicia constitucional tienen que interpretar las disposiciones de la Ley Fundamental, entre ellas las relativas a derechos humanos por lo que tienen la posibilidad de ampliar o restringir el goce y ejercicio de los mismos.

El contexto para que el Derecho internacional de los derechos humanos se reconozca plenamente a nivel interno como parte integrante del orden jurídico nacional –es decir, como lo que es– enfrenta diversos obstáculos, sobre todo los que la realidad impone al goce y ejercicio de los derechos. Los entornos de pobreza, desigualdad y delincuencia organizada introducen variables innegables en el estudio de los derechos humanos. Las normas internacionales y constitucionales sobre derechos no pueden considerarse obstáculos para la lucha contra la criminalidad organizada y el terrorismo, pues por el contrario, son las mejores herramientas con las que cuenta el Estado para enfrentar con legitimidad a estos delitos. “La difusión de la *cultura del miedo* desde ámbitos estatales constituye... una desafortunada regresión para la vigencia y goce de los derechos humanos.”²

A nivel nacional, las instancias jurisdiccionales constituyen el último mecanismo para la adecuada defensa de los derechos humanos en el

ámbito interno y de ellos depende si el sistema interamericano entra en operación. Si en los órganos de justicia constitucional se logra la efectiva sanción y reparación de los derechos humanos en el ámbito doméstico, la jurisdicción internacional no tendrá que acudir de forma subsidiaria y complementaria a proteger los derechos vulnerados.

Por lo anterior y con base en las múltiples disposiciones constitucionales que priorizan la protección de los derechos humanos consagrados tanto en el ámbito constitucional como internacional,³ los órganos de justicia constitucional han evolucionado –en mayor o menor medida– desde antes encargados exclusivamente de la protección de la constitucionalidad estricta hasta instancias responsables de la efectiva defensa de los derechos humanos.

Sin embargo, aún falta recorrer un trecho considerable en este sentido y para ello se requieren herramientas que coadyuven al mejor desempeño de los órganos justicia constitucional en las Américas.

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL, INTERPRETACIÓN Y DERECHOS

A través de la interpretación y como se dijo, los órganos de justicia constitucional pueden ampliar la protección de los derechos humanos en las geografías nacionales.

Las interpretaciones que realizan las instancias encargadas del control constitucional, no pueden ser indiferentes a las realidades que viven las personas sujetas a su jurisdicción por lo que han de ser “reforzad(a)s y controlada(a)s por la aplicación del que suele llamarse elementos sociológico, integrado por aquella serie de factores –ideológicos, morales y económicos– que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comu-

nidad en cada momento histórico”,⁴ pero también se debe tener presente que “la realidad social no es ella misma productora de normas, sino que se limita a inspirar la interpretación de las ya existentes.”⁵

Así, es necesario que los jueces no queden amarrados a técnicas y métodos de hermenéutica que inmovilizan, ni se aferren a lo establecido –cuando los resultados producidos ya se han mostrado insuficientes o nulos–, o mantengan una lectura anclada en el ayer, incompatible y frenadora de las posibilidades actuales que conllevan a generar una nueva solución– porque es mejor, más justa y superadora de la que gozaba de adhesión, la cual ya no es acorde con las circunstancias actuales–.⁶

Por tanto se requiere avanzar hacia la interpretación evolutiva cuando el operador jurídico busca adecuar el precepto interpretado a las coordenadas de tiempo y espacio.

En alguna medida, la interpretación evolutiva reviste carácter mutativo, pues aunque deja intacto el texto formal de la norma, modifica su contenido, sea agregándole algo (mutación por adición), sea restándole algo (mutación por sustracción).⁷

El método evolutivo se justifica cuando su uso persigue actualizar la Constitución sin alterar su letra ni su espíritu, ni recurrir al procedimiento de reforma constitucional.

Dentro de este orden de ideas, el denominado “construccionismo amplio norteamericano”, ha construido la doctrina de la *living Constitution*, según la cual la Constitución no es un texto cerrado emitido varias décadas o siglos atrás, sino más bien un instrumento de gobierno cuyos conceptos y valores varían cotidianamente.

En el fondo esta teoría, antes de interpretar un texto constitucional, lo que hace es tratar de “construir” respuestas constitucionales para los problemas actuales, sin necesidad de variar el texto original. Esto es lo que podría o debería hacerse en muchos puntos de América.

Es indudable que la interpretación evolutiva *praeter constitutionem* es legítima, dado que actualiza y desarrolla los principios y valores constitucionales sin atentar contra su letra ni contra la voluntad del constituyente.

La interpretación *contra constitutionem*, por el contrario, tiene dos manifestaciones: la primera, cuando reconoce una mutación constitucional ya operada en realidad. Es decir, se trata de aquellos casos en que se produce una mutación del texto

constitucional por una costumbre inveterada en contrario. La segunda manifestación, en cambio, se produce cuando la interpretación evolutiva se convierte en promotora de una mutación todavía sin concretar. En este caso, esa interpretación es ilegítima ya que implica una sustitución pura y simple del texto constitucional vigente.⁸

Un ejemplo de interpretación evolutiva se encuentra en la interpretación de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre el artículo 14 inciso 4) de la Constitución en el sentido de que cuando la norma dispone que “son costarricenses por naturalización:... 4) La mujer extranjera que al contraer matrimonio con costarricense pierda su nacionalidad”, la palabra *mujer* debe leerse como *persona*, de manera tal que también incluya a los hombres. Cuando la norma fue promulgada en 1949 existía una percepción cultural de que la mujer era débil y debía de protegerse en mayor grado por los poderes públicos. Aunque la desigualdad de género lamentablemente aún es una realidad, los patrones culturales tuvieron un cambio radical a partir de los años setenta, por lo que actualmente se considera que ambos sexos son titulares de los mismos derechos y obligaciones.⁹

En suma, el razonamiento judicial debe evolucionar y en materia de derechos humanos debe ser capaz de aplicar racionalmente estándares como los de razonabilidad, corrección funcional, proporcionalidad, ponderación, etcétera.¹⁰

También es claro que ya no pueden analizarse las normas jurídicas como parcelas disgregadas del sistema en el que operan.¹¹ En términos generales, la interpretación sistemática hace referencia a la estructura y posición de un determinado instituto jurídico o de un precepto jurídico en el complejo global del ordenamiento. Se parte del supuesto de que la Constitución es un todo orgánico, por lo que sus disposiciones deben ser aplicadas de manera concertada.

De ello se infieren varios corolarios: a) ningún artículo de la Constitución puede interpretarse de manera aislada; b) toda cláusula constitucional debe interpretarse ordenándola con las demás; c) la interpretación de la Constitución debe irradiar a las demás normas; d) toda interpretación debe propender hacia la vigencia efectiva de los derechos.¹²

En síntesis, la interpretación sistemática propone una exégesis de la Constitución coordinada, anticonflictiva, equilibrada y útil. Sin embargo, quien intérpreta debe tener claro que toda Constitución suele contener contradicciones y redundancias normativas. En las Constituciones

pueden existir conflictos ideológicos, pues las normas tal vez se emitieron en momentos en que imperaban concepciones ideológicas distintas.¹³

Por otra parte, Piza Escalante afirma que a lado de los derechos comunes, existe un verdadero “derecho fundamental autónomo”, por ende exigible por sí mismo, el Derecho de la Constitución y, junto a éste, hay garantías específicamente constitucionales, como la supremacía y vigencia de la Constitución, entendida ésta última, a su vez, como norma e ideario supremos del orden social.¹⁴ Según Brewer-Carías, el constitucionalismo moderno está montado no sólo sobre el principio de la supremacía constitucional, sino en que como secuela del mismo, “existe un derecho del ciudadano a esa supremacía, que se concreta, conforme al principio de la separación de poderes, en un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la supremacía constitucional.”¹⁵ Aunque estas ideas no se comparten debido a la extensión de la expresión, sí se considera adecuado enfatizar la relevancia de la justicia constitucional como garantía de los derechos humanos.

Ahora bien, el “gobierno de la Constitución” puede conducir fácilmente al “gobierno de los jueces”, ya que los enunciados constitucionales, incluidos los declaratorios de derechos, son, por necesidad, tan generales y sintéticos que requieren, en su aplicación a los casos, de modulaciones o especificaciones, o lo que es igual, de concreciones interpretativas de indudable magnitud. En otras palabras, la aplicación directa de los derechos constitucionales por el juez pone en sus manos un amplio margen de actividad “reguladora”, lo que equivale a decir que se confía a la jurisdicción el “desarrollo normativo” del ejercicio de tales derechos. “Los derechos constitucionales ya no serán derechos legales, pero sí, en gran medida, derechos jurisdiccionales. El Estado constitucional de Derecho, huyendo del Estado legal de Derecho, podría convertirse en un puro Estado jurisdiccional de Derecho.”¹⁶

Frente a esta posibilidad se debe someter el ejercicio jurisdiccional precisamente al límite que imponen los derechos humanos. La primera idea que debe presidir la tarea del intérprete de los derechos es la posición preferente que éstos ocupan dentro del ordenamiento jurídico.¹⁷ Así, los derechos humanos se convierten en el parámetro material básico que debe ser utilizado para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico.¹⁸ Por tanto la actividad interpretativa de los jueces, como un mecanismo para la defensa de los derechos, no puede ser arbitraria ni discrecional.

Hay que evitar que el “gobierno de los jueces” se edifique en perjuicio de la separación de poderes y de los derechos mismos.

Entonces ¿cómo se hace efectiva la vinculación positiva de jueces y tribunales a los derechos? Y quizás la respuesta sea: haciendo un uso adecuado de los instrumentos de interpretación jurídica y, en especial, guiando su labor por el principio *pro persona*.

De allí que la noción de progresividad implique la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos humanos.¹⁹

Los órganos de justicia constitucional tiene, para empezar, la obligación de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos.²⁰

Además, quienes juzgan tendrán la obligación del control sustancial –o de contenido– de la reglamentación de los derechos, es decir, hasta dónde se pueden restringir válidamente los derechos consagrados por las normas a reglamentar, o dicho en otros términos, cuál es el espacio concreto de discrecionalidad que puede ser utilizado por el legislador o el órgano ejecutivo al regular un derecho consagrado en la Constitución, en los tratados internacionales o en la ley.

Asimismo pueden presentarse “conflictos” entre derechos –que algunos han denominado puntos de contacto– y para solucionarlos se suele recurrir básicamente a dos métodos: el primero consiste en establecer una jerarquía entre los derechos –*categorization of rights*– y el segundo en decidir mediante el test del balance o del balanceo –*balancing test*–, también llamado ponderación o test ponderativo.²¹ En este trabajo se estima que no es posible establecer una jerarquía entre derechos –con base en la Declaración y Plataforma de Acción de Viena–, es decir, que no se puede determinar *a priori* qué derecho se encuentra sobre otro ya que la prevalencia de un derecho sobre otro sólo se logra ponderando en el caso concreto.

En suma, la interpretación “es la actividad teórica con la cual se expresa una imagen o se juzga una realidad: o sea, se interpreta un mundo (interior o exterior); interpretativa es también la actividad pragmática que refleja la reacción del individuo frente a su propia visión o interpretación del mundo.”²²

La búsqueda de esquemas interpretativos que maximicen los efectos prácticos de los derechos sobre la realidad cotidiana es uno de los desafíos que tenemos por delante en el mundo y, particularmente, en América.

A continuación se plantearán directrices que deben orientar el desempeño jurisdiccional en torno a los derechos.

III. PRINCIPIO *PRO PERSONA*

Uno de los principios fundamentales que debe guiar la actividad jurisdiccional de los tribunales supremos, es el principio *pro homine* o *pro persona* que se ha definido como el “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.”²³

El principio *pro persona* obliga a que una norma que protege derechos humanos con mayor amplitud, prevalezca sobre una norma con disposiciones más restrictivas; que las normas de un tratado, en la medida en que su contenido enriquezca las disposiciones de una norma constitucional, deban prevalecer en el orden jurídico interno, o viceversa, es decir, que si en una ley determinado derecho fundamental está consagrado con una alcance mayor que el establecido por las normas internacionales, será aquella la que prevalecerá.

Este principio, finalmente, permite establecer que, ante eventuales interpretaciones distintas de una misma norma, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio.²⁴

En cualquier hipótesis, la norma que resultaría aplicable sería la más favorable al individuo, desplazando a la otra –interna o internacional– dependiendo del caso. Esto implica el examen del contenido de las normas en conflicto para la determinación de cuál de ellas es la que resulta aplicable, recordemos que los instrumentos internacionales relacionados con los derechos fundamentales establecen un “piso” mínimo de protección, pero eso en ningún momento es obstáculo para que las normas internas establezcan una protección más amplia.²⁵

En virtud de esta regla del principio *pro persona*, una norma posterior no derogaría o desaplicaría otra anterior, independientemente de su jerarquía, en tanto la anterior consagre protecciones mejores o mayores que deben conservarse para las personas. Una vez más, importa señalar que las propias normas internacionales disponen expresamente que aunque las normas sean posteriores,

en el momento de ser ratificadas no derogan otras disposiciones nacionales o internacionales anteriores que establezcan protecciones más favorables al ser humano, dejando de lado las reglas de la jerarquía y la temporalidad, consagran la conservación de las normas que mejor protegen.²⁶

Una de las formas es emplear la regla de interpretación *pro persona*, cuando a una determinada situación concreta, le es posible aplicar dos o más normas vigentes, nacionales e internacionales, cualquiera que sea su jerarquía. Con esta regla, el juez y el intérprete deben seleccionar de entre varias normas concurrentes y elegir aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo o la víctima en relación con sus derechos humanos.²⁷

Así, cuando un juez se encuentre frente a una norma de derechos humanos donde pudieran existir varias interpretaciones posibles, esto es, cuando exista una pluralidad de posibles interpretaciones de la norma el juez deberá elegir aquella que mejor proteja a las personas.

La decisión de establecer una relación de jerarquía entre normas de derecho interno e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en lugar de establecer una relación de ámbitos de aplicabilidad y prevalencia en la aplicación de normas más beneficiosas al individuo en el caso de derechos humanos, socava los incentivos del Estado para desarrollar de modo progresivo el ámbito de protección interno más allá de lo establecido internacionalmente, lo cual pareciera contraproducente y contradictorio con la finalidad misma del Estado.²⁸ Así, se debe valorar la necesidad de superar las discusiones en torno a la jerarquía normativa, ya que ello queda subsanado con la aplicación irrestricta del principio *pro persona*.

Son varios los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran expresamente la regla de interpretación *pro persona*, tanto en el ámbito universal,²⁹ como en el propio sistema interamericano.³⁰

IV. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN ESTABLECIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una serie de normas de interpretación.³¹

El artículo 30 menciona que: “las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades re-

conocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”

En razón del artículo 62.3 de la Convención Americana, la CorteIDH tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, es decir, es el intérprete natural de dicho instrumento internacional.

Los tribunales internos deben retomar los criterios expresados por la CorteIDH, ya que esta instancia fue creada por esos mismos Estados con ese fin. Si los Estados no retoman sus criterios, el hecho mismo de su creación sería un sin sentido y una incongruencia en el actuar soberano de los Estados.

La CorteIDH señaló que la Convención Americana “se inspira en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), está dotada de mecanismos específicos de supervisión, se aplica de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagra obligaciones de carácter esencialmente objetivo y tiene una naturaleza esencial, que la diferencia de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados partes y son aplicados por estos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno.”³²

La CorteIDH señaló que cuando interpreta un tratado “no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31). El Tribunal ha señalado anteriormente que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección.”³³

La CorteIDH ha afirmado que es deber de los jueces internos ejercer un “control de convencionalidad”, vigilando la intangibilidad del efecto útil de la Convención Americana; para ello, los juzgadores internos deben tomar en cuenta tanto el tratado mismo como la interpretación de éste por la Corte Interamericana.³⁴

En suma, se considera que las directrices básicas que los intérpretes constitucionales deben tomar en cuenta, en materia de derechos humanos, son: a) el juez nacional debe de aplicar los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el país de referencia;³⁵ b)

toda interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos debe atender al principio *pro homine* o *pro persona*, es decir, éstos deben ser interpretados y aplicados de la manera que más favorezca al ser humano; c) debe de dar cumplimiento a las normas de *jus cogens* de derechos humanos; d) la interpretación de los derechos en la jurisdicción interna no admite desvinculación de la interpretación hecha por la jurisdicción internacional;³⁶ y, e) a la par del control de constitucionalidad se debe realizar el “control de convencionalidad”.

V. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LOS ÓRGANOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Siguiendo el modelo de Atienza,³⁷ se establecerán los requisitos que desde la perspectiva de derechos humanos deben cumplir las sentencias que en materia de derechos humanos sean emitidas por los órganos de justicia constitucional.

Atienza aborda diferentes tipos de racionalidad de las leyes, los cuales deben considerarse en el desarrollo de la actividad jurisdiccional.

En lo que concierne a la racionalidad pragmática, se busca que la conducta de los destinatarios –autoridades y particulares– se adecue a lo prescrito en las leyes; esto es, que el Derecho sea eficaz. Ahora bien, una ley –o parte de una ley– puede resultar ineficaz por factores de tipo subjetivo u objetivo: en el primer supuesto, los destinatarios no están suficientemente motivados para cumplir las leyes (la ley no ha establecido sanciones adecuadas, no ha sido suficientemente conocida, etcétera); en el segundo, la ley no se puede cumplir por falta de medios objetivos (por ejemplo, por falta de cobertura financiera o administrativa).³⁸

Al aplicar derecho ineficaz, los jueces deben considerar las causas de dicha ineficacia aunque claramente ello no pueda ser determinante en la resolución del caso concreto. Esto tiene importancia en materia de derechos humanos en donde se encuentran disposiciones de reconocimiento de derechos que se hallan desprovistas de garantías de protección por lo cual los jueces no pueden decidir sobre la efectividad del derecho ya que existen obstáculos procesales que lo impiden. Por tanto, la actividad jurisdiccional para ser eficiente requiere de leyes claras e integrales, es decir, cada una de las entidades del Estado deben realizar cabalmente sus funciones a fin de lograr la mejor

garantía de los derechos (a través de leyes, sentencias y políticas públicas).

En cuanto a la racionalidad teleológica, las leyes no son otra cosa que instrumentos para alcanzar determinados objetivos sociales. Ahora bien, uno de los problemas que pueden surgir aquí es que no siempre es fácil saber qué contenidos normativos son los más idóneos para alcanzar esos fines, o incluso si esos medios son en absoluto idóneos; por ello, la eficacia de una ley no es lo mismo que su eficiencia social: es posible que los destinatarios –particulares y autoridades– cumplan puntualmente con lo establecido pero que, sin embargo, no se alcancen los objetivos previstos. El otro tipo de problema es que esos objetivos sociales pueden, por diversas razones, no ser claros.³⁹

Las finalidades de la ley antes descritas son las que, de manera manifiesta, aparecen en el preámbulo y en la discusión parlamentaria. Sin embargo, las normas jurídicas suelen, con cierta frecuencia, cumplir no sólo funciones manifiestas, sino también funciones latentes: los efectos sociales que producen no son a veces declarados por sus autores –por los legisladores– bien porque éstos no son conscientes de los mismos, o bien porque no desean hacerlos explícitos.⁴⁰

Mostrar cuáles son las “verdaderas” funciones de las leyes (las consecuencias sociales que realmente producen) y distinguirlas de los objetivos declarados o de los previstos (pero no declarados) por sus autores es, por supuesto, de una gran importancia, pero normalmente es una tarea que envuelve dificultades muy considerables. Por un lado, es fácil equivocarse a la hora de atribuir “intenciones” a *grupos* de personas –los legisladores– que, además, poseen ideologías distintas y elaboran un texto que, muchas veces, es fruto de una transacción, esto es, no es querido realmente por nadie. Por otro lado, no siempre puede saberse –antes de su entrada en vigor– cuáles van a ser los efectos sociales que, de hecho, producirá la nueva ley.⁴¹

Finalmente, en la aplicación del Derecho surgen con frecuencia problemas de ética que no podrían resolverse apelando exclusivamente a criterios como la aplicación correcta del Derecho vigente, la obediencia al legislador o la eficiencia económica; el juez necesita también disponer –y dispone– de alguna concepción de la ética. Es por ello que la formación y experiencia vital de los jueces se traslada –directa o indirectamente– a la actividad jurisdiccional que desarrollan y a las decisiones que toman al momento de interpretar el Derecho.

Atienza distingue entre la ética del legalismo y la ética del activismo. La ética del legalismo consistiría en considerar como justo todo aquello que prescriba el Derecho positivo, sin entrar en ningún tipo de evaluación: lo ético se confunde así con lo jurídico. Por el contrario, la ética del activismo es la que caracteriza al juez que toma sus decisiones considerando únicamente sus propias concepciones éticas o políticas –que en sociedades como las actuales, serán unas entre muchas otras– y prescindiendo, por tanto, de la existencia de normas autoritativas. Lo difícil, naturalmente, consiste en elaborar –y seguir– criterios de actuación que reconozcan cabalmente el contenido del Derecho sin eliminar por ello los dictados de la conciencia y ética personal del juez, que en ocasiones –y se enfatiza, sólo en ocasiones–, puede coadyuvar a la mejor garantía de los derechos ya que algunas veces la ideología o criterios personales pueden perjudicar el goce y ejercicio de éstos.

Básicamente se deberían de atender 3 principios: el principio de inviolabilidad de la persona humana que prohíbe imponer cargas o sacrificios a ciertos individuos sin contar con su consentimiento efectivo y sobre la base de que redundan en beneficio de la mayoría de la población; el principio de autonomía de la persona, que prescribe al Estado permanecer neutral respecto de los planes de vida e ideales de las distintas personas que viven en sociedades heterogéneas como las que habitamos; y el principio de dignidad de la persona, según el cual debemos juzgar y tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades y circunstancias –como su raza, su sexo, sus creencias, etcétera– permaneciendo válido en todo momento y situación el mínimo invulnerable que constituye la dignidad humana.⁴² Claramente se atenta contra la dignidad humana desde el momento en que el criterio para distribuir los bienes básicos en una sociedad –la atribución de derechos fundamentales– se hace depender de circunstancias como el origen social, sexo, nacionalidad y estatus migratorio.

VI. RETOS Y PERSPECTIVAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA

Antes de entrar a esta sección del presente artículo, se debe precisar que las violaciones a los derechos humanos, aunque revelan una deficiencia grave de los mecanismos de protección, en el fondo, no implican un problema de órganos y san-

ciones sino de creación y difusión de una cultura de respeto a los derechos humanos; además muestran la necesidad de resolver problemas estructurales en las sociedades. En este sentido, Häberle señala que “los derechos... son expresión de la cultura humana y la hacen posible” y “únicamente el pluralismo cultural de los valores... puede ser el fondo adecuado de la libertad fundamental en el Estado constitucional.”⁴³

Sin embargo, mientras que esa cultura de respeto a los derechos humanos no se consolida, los órganos de justicia constitucional junto con los tribunales internacionales representan la opción más viable que tienen las personas para defender el goce y ejercicio de sus derechos. Aunque es claro que la jurisdicción internacional solamente funciona una vez agotados los recursos internos de defensa de los derechos y cuando la persona que sufrió la presunta violación considera necesario acudir a la instancia internacional, es fundamental para la garantía integral de los derechos que exista una relación congruente entre la interpretación realizada por los órganos internos y los internacionales; ello, además de asegurar la plena eficacia de los derechos, permitiría librar al Estado en cuestión de cualquier imputación de responsabilidad internacional.

La protección de los derechos humanos es independiente del tipo de control constitucional que exista, por tanto, un sistema difuso, concentrado o híbrido no determina la mejor o peor garantía de derechos. Aunque sí es importante señalar que en el sistema de control constitucional que cada país adopte deben preverse –o en los sistemas ya existentes, ampliarse– las garantías o mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos. Lamentablemente en algunos de los países las garantías jurisdiccionales son escasas o únicas. Esto afecta gravemente el acceso a la justicia. Si no logramos una mayor incidencia de las garantías existentes, o si la discriminación, el desconocimiento, el temor o la vulnerabilidad impiden a las personas acudir ante los órganos de justicia a denunciar las violaciones a sus derechos, caeremos –o ya hemos caído– en un círculo de impunidad agravada en donde los casos nunca llegan a los órganos jurisdiccionales y menos a aquéllos que ejercen el control constitucional.

Así, uno de los retos que tienen por delante los órganos de justicia constitucional es lograr su apertura a la dignidad humana como eje rector de actuación a fin de realizar una interpretación extensiva, progresiva y *pro persona*, de los derechos y para los derechos.

Claramente la actividad de los jueces constitucionales está supeditada a las leyes internas pero debe recordarse que también se han contraído compromisos internacionales y que este “bloque de constitucionalidad” integrado conforme a la voluntad soberana de cada Estado debe estar al servicio de los derechos humanos; sólo así se podrá hablar de Estados democráticos de Derecho y de derechos.

Hay que reconocer que, independientemente de lo anterior, la actividad jurisdiccional se desarrolla en un contexto determinado que en ocasiones –las más– está marcado por la pobreza, la exclusión, la desigualdad, la discriminación o las nulas oportunidades de desarrollo. La perspectiva de cambio de dichas situaciones es más bien lejana –en algunos casos o la mayoría de ellos, muy lejana o inimaginable–, es aquí donde la actividad de los órganos de control constitucional y convencional cobra importancia y es aquí donde su interpretación debe fortalecerse y edificarse precisamente sobre la base de los derechos humanos.

VII. PROPUESTAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como se ha dicho, los órganos de justicia constitucional tienen una labor fundamental en la protección última de los derechos humanos a nivel interno –y como mecanismo de solución previo a la denuncia ante la instancia internacional–. Por lo anterior existen propuestas para el fortalecimiento de esta actividad, entre las que se encuentran:

- a) Los jueces deben contar con una preparación integral y con permanente actualización en Derecho internacional de los derechos humanos y jurisprudencia internacional, a fin de poder aplicarla en forma sistemática al interior de su orden jurídico. Lo anterior permitirá mejorar la seguridad jurídica del gobernado y coadyuvar al cumplimiento cabal de los compromisos internacionales con lo que se evitará la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a derechos humanos.
- b) Los jueces deben realizar una interpretación sistemática y funcional del Derecho; es decir, deben superar la interpretación gramatical estricta y rigurosa –en algunos casos obsoleta– al

momento de interpretar derechos humanos, todo ello a la luz del principio *pro persona* con la finalidad de superar discusiones decimonónicas en torno a la jerarquía normativa.

- c) Los jueces constitucionales deben ejercer plenamente el control constitucional en sintonía con el control de convencionalidad. Claramente respecto a este tema, existen dudas e incertidumbres –particularmente en los sistemas de control concentrado– que deberán resolverse en el fuero interno de los Estados. Sin embargo, se estima que al momento de hacerlo cada Estado debe tomar en cuenta que el fin último de la organización estatal es la protección de la persona y de sus derechos, por lo que no puede permitirse que una configuración orgánico-constitucional deficiente, inconclusa o poco clara afecten los derechos de las personas sometidas a la jurisdicción de cada Estado.
- d) Como se ha dicho, los jueces nacionales están sujetos al imperio de la ley –ley que debe satisfacer las dimensiones formal y material– y dentro de este marco deben desempeñar su labor. En este rubro, resalta la actividad del legislador al proveer al juez de las herramientas necesarias y de leyes fecundas para la protección de los derechos. Sin embargo, se reconoce que ello no siempre es así. A pesar de lo anterior los jueces pueden realizar una interpretación extensiva –no arbitraria– del ordenamiento a fin de dar mayor cobertura u optimizar el goce o ejercicio de un derecho.
- e) Los jueces deben realizar una interpretación dinámica del ordenamiento jurídico a fin de que responda a las necesidades reales y actuales de la sociedad en la que se desarrolla. Una interpretación desvinculada de la realidad concreta que se vive, es una interpretación sin sentido. Todas las instituciones deben estar al servicio de la persona y deben procurar la solución de las necesidades que aquejan a sus sociedades.
- f) Es necesario que también los jueces puedan retroalimentar su actividad con la reflexión en torno a decisiones tomadas por otros órganos jurisdiccionales en países diversos; así, ejercer un análisis de derecho comparado permite trasladar puntos de encuentro con otras jurisdicciones nacionales. Aunque no se pueden obviar las diferencias existentes entre los países, en algunas ocasiones hay semejanzas culturales o realidades similares que –a pesar de sus peculiaridades– pueden contribuir al análisis integral del caso concreto a resolver.

g) Se requiere también modificar el paradigma existente en torno a los alcances de las sentencias y criterios internacionales. Los jueces deben dar vigencia a la jurisprudencia interamericana en el marco de la actividad que realizan, todo ello a la luz del principio *pro persona* y a efectos de dotar de exigibilidad a los mismos en el ámbito doméstico de los Estados.

h) Los jueces deben conocer y respetar las normas de *jus cogens* en materia de derechos humanos, particularmente la de igualdad y no discriminación.

Sin duda, los organismos jurisdiccionales de protección de derechos humanos son fundamentales para la incorporación de instrumentos y jurisprudencia internacional en los órdenes jurídicos internos. Así, gracias a ellos –y al papel invaluable de la sociedad civil y del ombudsman– el Derecho internacional de los derechos humanos ha permeado, y seguirá permeando, la cultura jurídica y la vida de las instituciones públicas.

Los órganos de justicia constitucional actúan en una doble dirección: hacia el Estado y hacia la sociedad. Por un lado, promueven el convencimiento social en torno a los derechos humanos, proveyendo de razones fuertes sobre su cumplimiento y, por el otro, inciden en la cultura legal de respeto a los derechos humanos a través del empleo de la jurisprudencia y criterios de los organismos internacionales por parte de los operadores jurídicos nacionales.

La actividad de los órganos de justicia constitucional no se limita a la emisión de una sentencia o a la resolución de un caso en particular. Su actividad tiene –o debe tener– trascendencia e incidencia, a través de ella se puede mejorar u opacar la vida de las personas y el goce de sus derechos. Por tanto pueden ser, dentro de los límites establecidos por el Derecho doméstico del respectivo Estado, una entidad clave para procurar y gestionar que en el Derecho interno se incorporen y se apliquen efectivamente las normas internacionales que han sido ratificadas, en particular las relativas a derechos humanos ya que –en algunas ocasiones– la legislación interna reviste de grandes lagunas en este rubro.

La interpretación realizada por los órganos de justicia constitucional en América reviste complicaciones radicadas en las características del idioma español: vaguedad y ambigüedad. La vaguedad se produce cuando no existen dudas sobre el sentido en que una palabra ha sido usada, pero no sabemos si un hecho o un concepto pueden ser

incluidos dentro de su campo de acción. Son supuestos donde ni la inclusión ni la exclusión aparecen claramente determinadas, por la existencia de zonas de penumbra con una falta de límites precisos.⁴⁴ La ambigüedad supone que una palabra puede tener diversos significados, o bien distintos matices en el mismo significado. Estas características del lenguaje natural potencian en general el papel de la interpretación constitucional.⁴⁵

A pesar de lo anterior, debemos actuar e implementar nuevas fórmulas desde la justicia constitucional ya que no podemos esperar resultados diferentes si seguimos haciendo lo mismo. Por lo tanto la estrategia implementada al interior de muchos países debe modificarse urgente y radicalmente.

Hay que dejar de lado conceptos decimonónicos que obstruyan el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos y caminar hacia la construcción de una nueva visión del Derecho, de una visión humanista del Derecho, sólo se logrará cuando aprendamos a leer el Derecho a la luz de los derechos humanos.

VIII. ¿DERECHOS HUMANOS EN EL LÍMITE DE LA UTOPIA?: LA REALIDAD SOCIAL EN AMÉRICA

Utopía es la palabra acuñada por Moro y significa, en griego, “no lugar” o “lugar que no existe”. Bajo el supuesto de una isla inexistente que llama Utopía, Moro quiso criticar las costumbres y la organización social de las naciones, presentándoles el cuadro vívido de una sociedad ficticia que consideró tan simple como dichosa.⁴⁶ Así, utópico significa literalmente lo que no está en ningún lugar. “Se llama utópico a todo ideal que se supone máximamente deseable, pero que muchas veces se considera inalcanzable.”⁴⁷

La utopía es aquella creación imaginaria que se propone construir y describir un modo de vida político, histórico y social. Modo que no tiene lugar en el acontecer histórico, que no se localiza en ningún lugar, como subrayó Moro, ni en ningún tiempo.⁴⁸ “Así, no está concebida ni descrita como realidad propiamente tal, como verdadera realidad real, si se nos permite la tautología, sino, como se ha dicho, en tanto mera realidad de ficción, como ficto, carente por tanto de auténtica existencia espacial y temporal. La utopía se ofrece como una alternativa, una alternancia, de la sociedad efectivamente establecida y constituida.”⁴⁹

Ahora bien, cómo se vincula la utopía con los derechos humanos; o mejor dicho por qué se

piensa que la vigencia de los derechos humanos está o debería de estar o debería sobrepasar el límite de la utopía. Se darán algunos argumentos a este respecto pero se anticipa que la conclusión de quien escribe radica en la necesidad de quitarle el carácter utópico a la observancia de los derechos humanos y caminar hacia la realización de los mismos en la vida cotidiana de cada persona, en cualquier país.

La utopía es lo que todavía no existe pero debe existir, es desde este punto de vista, la búsqueda de un mundo mejor y el deseo de hacerlo patente y convertirlo en realidad. Así, “la utopía tiene que ver con la voluntad, con la lucha, con el anhelo y la ambición de alcanzar metas que puedan parecer imposibles porque, no lo dudéis, es intentando lo imposibles como se llega a realizar lo posible.”⁵⁰ ¿Podemos hablar de utopía en la conquista de los derechos humanos? Hay autores que sostienen que sí, porque la utopía forma parte de la condición humana.⁵¹ En el presente trabajo se estima que los derechos humanos deben ir más allá del límite de la utopía y concretizarse no sólo en su reconocimiento sino también en su garantía y mecanismos de protección y reparación.

Los derechos humanos han dejado de ser un sueño y se han convertido en realidad, al menos en el ámbito del reconocimiento y la aceptación en regímenes democráticos y occidentales. Y esta realidad ha dado paso a una nueva utopía: “el sueño por ver garantizados y protegidos todos los derechos en todos los pueblos. Los esfuerzos de la humanidad se centran ahora en la lucha por la verdadera protección de derechos humanos.”⁵²

Incluso hoy día la Constitución, además de una norma se puede visualizar como un programa político para el futuro:⁵³ la imposición a todos los poderes de imperativos negativos y positivos como fuente para su legitimación, pero además —y diría sobre todo— para su deslegitimación, muchos de ellos vinculados al respeto y protección de los derechos humanos. Constituyen, por así decirlo, utopías de derecho positivo que, a pesar de no ser realizables perfectamente, establecen las perspectivas de transformación del derecho mismo en dirección de la igualdad.⁵⁴

Hay quienes sostienen que incluso la democracia es una utopía. “La perspectiva utópica de la democracia se debe principalmente a la existencia de un ideal regulativo irrealizable por definición pero suficientemente provocativo en sus desafíos permanentes a la realidad.”⁵⁵

La utopía entonces no es tan lejana al mundo jurídico. Pero hay que recordar que la utopía no

nace en cualquier tiempo, “surge siempre en un momento de ruptura de la historia.”⁵⁶

En nuestros días el rostro del que sufre, la humanidad pisoteada, la figura de millones de seres humanos que padecen la hambruna, violencia, pobreza y muerte, nos interpela, como interpelaron a Moro los problemas de su tiempo. “También hoy tenemos el deber de denunciar el presente y proyectar una vida humana nueva para el futuro.”⁵⁷

La utopía nace del análisis de las crisis social, política, económica, cultural, ambiental, etcétera, que vivimos.⁵⁸ Y cualquier persona puede percatarse que actualmente nos encontramos inmersos en continuas, simultáneas y diversificadas crisis.

En su mayoría las utopías son más “interesantes por lo que denuncian que por lo que anuncian. Ya porque no aporten una solución constructiva a unos males que someten a una crítica profunda, o porque propongan, ya sea una vuelta al pasado, o una visión novelesca de un futuro que no es más que lo contrario del presente.”⁵⁹

Claramente este trabajo ha pretendido no caer en ninguna de estas tentaciones y constituye un estudio científico que, en el límite de la utopía, ofrece perspectivas sólidas y directrices de acción para modificar una realidad que pareciera inmodificable. Se ha dicho, y lo comparto, aun sabiendo que hay quienes no lo hacen, que toda investigación y reflexión que no incide en la realidad es estéril y por tanto, un sin sentido. El objetivo ha sido ambicioso y se espera, al menos, habernos acercado a él.

Con todo, estas utopías, cuando son elaboradas desde el punto de vista de las fuerzas ascendentes de la historia, si bien no aportan respuestas concretas, sí plantean problemas reales.⁶⁰

Incluso se ha afirmado que solamente se pueden llamar “utópicas a aquellas orientaciones que trasciendan la realidad y que, al informar la conducta humana, tiendan a destruir, parcial o totalmente, el orden de cosas predominante en aquel momento.”⁶¹

La utopía siempre ha tenido que ver con el sueño que debe y puede llegar a ser real.⁶²

Pese a lo anterior, algo es cierto, necesitamos realizar un cambio, un cambio a favor de los millones de personas de este mundo que se encuentran sumidos en la miseria. Se debe buscar un mundo diferente, que lejos de ser un ejercicio ilusorio carente de contenido, puede ser el comienzo de un firme compromiso mediante el cual los otros seres humanos, los excluidos, pueden llegar a ser –junto con quienes ya lo son– los protagonistas de

este mundo. “Por muy dura que sea la realidad, por muy difícil que sea la vida, siempre es posible construir una nueva realidad, hacer de la vida algo mejor, sólo que eso no ocurre espontáneamente, pues es necesario hacer que ocurra, realizarlo. Toda utopía, aun la más radical, no es una evasión del mundo en el que se vive, sino una forma de ver el mundo en el que se puede vivir” y trabajar por construirlo.⁶³

Y es que “parecería que es necesaria la existencia de un nuevo mundo para que se realicen algunos sueños que, como la justicia, también han sido considerados utópicos.”⁶⁴ En este punto, “la utopía deja de ser una realidad de ficción, irrealizable pero ejemplarizante, para pasar a convertirse en realidad de futuro realizable.”⁶⁵ La utopía es un intento, o más bien, un desafío para explorar las infinitas posibilidades de una realidad siempre perfectible. “El mundo que habitamos parece cada vez más inmerso en una civilización única y global pero a la vez, ambigua y antagónica.”⁶⁶

Aquí, se estima pertinente hacer una breve reflexión sobre la praxis, con base en el pensamiento de Sánchez Vázquez. Se ha dicho que la praxis –la cual se abordó en el primer apartado del capítulo primero– de los humanos es intencional en tanto pretende llevar a cabo objetivos determinados previamente de forma consciente. Ahora bien, dado que lo fundamental en la acción humana, tanto en el ámbito individual como colectivo, no son sus intenciones sino sus resultados. Y dado que estos resultados generalmente no suelen coincidir con las intenciones de los sujetos que los producen es muy útil acudir a la noción de praxis inintencional para explicar el desarrollo histórico.⁶⁷

La praxis intencional del individuo se funde con la de otros en una praxis inintencional –que ni unos ni otros han buscado ni querido– para producir resultados tampoco buscados ni queridos. Resulta así que “los individuos en tanto seres sociales dotados de conciencia y voluntad, producen resultados que no responden a los fines que guiaban actos individuales ni tampoco a un propósito o proyecto común.”⁶⁸ Y, sin embargo, esos resultados no pueden ser más que el producto de su actividad.

Por ello debemos cuidar que la realización de objetivos personales y/o sociales no conduzca a resultados que no podemos predecir ni controlar. Eso posiblemente ha sucedido en el caso de los derechos humanos en donde los Estados a través de políticas públicas deficientes cuestionan la vigencia de dichos derechos en su territorio y evaden el cumplimiento de los compromisos que

ha contraído internacionalmente bajo una visión miope, restringida y univocista. Es claro que la decadencia de los derechos ajenos puede anunciar la decadencia de nuestros derechos por ello se debe atender, proteger y garantizar los derechos, los cuales constituyen una asignatura pendiente para la mayoría de los llamados “Estados democráticos” del siglo XXI.

Sin duda, las sociedades humanas son resultado de la actividad humana y, por tanto, también son transformables mediante dicha actividad –o deberían serlo–; pero presentan una legalidad específica que condiciona los cauces por los que dicha transformación puede desplegarse. Empero, existen cauces, razones, argumentos y prácticas jurídicas efectivas y realizables para garantizar los derechos humanos. Posiblemente, no sean los cauces más “fáciles” –con base en criterios de “racionalidad” económica, política o gubernamental– o los menos complejos y por dicho motivo la mayoría de Estados los evaden, los posponen o los nulifican pero ello no puede ni debe traducirse en un desconocimiento de su existencia: dichos caminos existen, son factibles, posibles y –aunque sea a largo plazo– producen los mejores resultados y posibilitan la conversión de los Estados de Derecho en Estados de Derechos, verdaderamente democráticos.

Por lo anterior hay que impedir que el derecho y su interpretación –realizada por órganos de justicia constitucional– sean o se conviertan en instrumentos para la conservación del *status quo* vigente. Así, se advierte que “la coagulación de la actividad humana en las instituciones y estructuras condicionan y muchas veces determinan, los márgenes posibles de cambio de dichas instituciones y estructuras”.⁶⁹ El Derecho debe ser un instrumento para alcanzar la paz, la justicia y la igualdad entre todas las personas, y el único camino transitable para llegar a dicho fin lo representan los derechos humanos.

Así, como no podemos esperar resultados diferentes si seguimos haciendo lo mismo, tampoco podemos delegar responsabilidades que sólo corresponden a las sociedades en su conjunto, a las personas que las integran, a los seres humanos. La plena vigencia de los derechos humanos no se producirá de forma espontánea o milagrosa, tiene que ser resultado de la acción humana, una acción humana decidida, comprometida y enérgica –a fin de combatir todos los intereses e inercias que pretendan obstaculizar su realización–.

Karl Popper sostiene que “ni la naturaleza ni la historia pueden decirnos lo que debemos hacer. Los hechos ya sean de la naturaleza o de la historia, no pueden decidir por nosotros, no pueden determinar los fines que hemos de elegir. Somos nosotros quienes le damos un sentido a la naturaleza y a la historia”.⁷⁰ Por eso debemos asumir nuestro papel en la historia y realizar los cambios que sean necesarios –además de impostergables– no sólo en el ámbito de los derechos humanos sino también frente a un mundo que se convulsiona natural y socialmente.

El pleno cumplimiento de los derechos humanos puede llegar a parecer una utopía, sin embargo, puede ser alcanzado. Existe un *corpus iuris* internacional que así lo determina y, a través de jurisprudencia internacional, se han establecido obligaciones directas para los Estados en esta materia, las cuales han sido retomadas –y ampliadas– por órganos de justicia constitucional.

La garantía efectiva de los derechos humanos, aunque implica un proceso complejo, está lejos de ser una utopía. Tenemos que tomar las decisiones y asumir las acciones necesarias que nos permitan hacer realidad la vigencia de los derechos humanos en contextos de pobreza, discriminación, injusticia, desigualdad, corrupción e impunidad. Debemos esforzarnos por no transformar una posible y necesaria realidad en una utopía.

NOTAS

1. Buergenthal, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*, Gernika, Barcelona, 1996, p. 31.
2. Osuna Patiño, Néstor, "La libertad en tiempos adversos. Los derechos fundamentales y los Estados de excepción. Experiencia del Constitucionalismo Colombiano", en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*, UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, México, 2009, pp. 63 y 64.
3. Por ejemplo, *cfr.* las leyes fundamentales de Bolivia (artículos 13.IV y 256, fracción II), Colombia (artículo 93), Ecuador (artículo 417), Guatemala (artículo 46), República Dominicana (artículos 74.3 y 74.4) y Venezuela (artículo 23).
4. En este sentido STS de 21 de noviembre de 1934 y de 24 de enero de 1970. *Cfr.* Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 127.
5. *Ibidem*, p. 128.
6. Loñ, Félix y Morillo, Augusto, *Lecturas de la Constitución*, Lexis Nexos, Abeledo-Perrot, Librería editora Platense, Buenos Aires, 2003, p. 50.
7. Hernández Valle, Rubén, "La interpretación Constitucional en Costa Rica", en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias...*, *op. cit.*, p. 753.
8. *Ibidem*, p. 754.
9. *Ibidem*, p. 765.
10. Carbonell, Miguel, "Consideraciones sobre la interpretación constitucional de los derechos fundamentales" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *Procesos Constitucionales, Memoria del primer Congreso de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007, p. 415.
11. *Cfr.* Cisneros Farias, Germán, "La interpretación constitucional en el contexto de la teoría sistémica del derecho" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *Procesos...*, *op. cit.*, p. 432.
12. Hernández Valle, Rubén, "La interpretación Constitucional en Costa Rica", en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias...*, *op. cit.*, p. 755.
13. *Idem*.
14. Piza Escalante, Rodolfo, "El defensor de los derechos humanos frente a la justicia constitucional", en *Memoria Primer Congreso de la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1996, pp. 57 y 58.
15. Brewer-Carías, Allan, "El amparo a los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)" en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, Tomo III, pp. 2,696 y 2,697.
16. Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 157.
17. Pérez Tremps, Pablo, "La interpretación de los derechos fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa, UNAM, México, 2005, t. I, p. 905.
18. *Ibidem*, p. 906.
19. Abramovich, Víctor y Courtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2004, p. 93.
20. *Ibidem*, p. 94.
21. Toller, Fernando, "La Resolución de los conflictos entre derechos fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación...*, *op. cit.*, p. 1202.
22. Cappelletti, Mauro, *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, UNAM, México, 1987, p. 157
23. Pinto, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Abregú Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 163.

24. Cossío Díaz, José Ramón, "Los instrumentos internacionales en materia de derecho fundamentales y el principio pro homine", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LVII, número 247, enero-junio 2007, UNAM, p. 382.
25. *Ibidem*, pp. 382 y 383.
26. Henderson, Humberto, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine", en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 39, San José, enero-junio de 2004, p. 94.
27. *Ibidem*, p. 93.
28. Cossío Díaz, José Ramón, "Los instrumentos internacionales...", *op. cit.*, p. 383.
29. *Cfr.* Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 23; Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquiera Forma de Detención o Prisión, principio 3; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 41; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 1.2; y Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículo 21.
30. *Cfr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo XV; y Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo VII.
31. Dichas normas son: A) Ninguna disposición de la Convención (pero también de las Constituciones y de las leyes) debe ser interpretada en el sentido de que permita al Estado, grupo o persona suprimir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. B) La Convención expresa el "standard mínimo" del contenido protegido por cada uno de los derechos humanos, de manera que las disposiciones de la Convención no podrán ser interpretadas, en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados". C) El principio del artículo 29 inciso b), exige al intérprete considerar el principio de mayor protección de los derechos humanos, que impone aplicar el derecho interno, antes que el internacional, si el primero contiene una mayor protección a la persona y viceversa. D) La Convención constituye el "standard mínimo" en el reconocimiento de derechos y libertades, es decir, el referente primario de aquello que debe considerarse como derecho fundamental en el Estado constitucional de Derecho, de manera que sus disposiciones tampoco puedan interpretarse en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno". Por lo que el intérprete debe tener en mente que el listado de derechos no está cerrado, sino que es un catálogo abierto.
32. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín* (Excepciones preliminares), Sentencia de 1 de septiembre de 2001, párr. 94; *Caso del Tribunal Constitucional*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 41 y *Caso Ivcher Bronstein*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 42.
33. *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 164-165.
34. *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.
35. Si sólo utiliza el ordenamiento jurídico interno y entra en conflicto con el derecho internacional puede generar un hecho ilícito que conlleve responsabilidad internacional al Estado.
36. Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 365.
37. *Cfr.* Atienza, Manuel, *Tras la Justicia*, Ariel, Barcelona, 2003.
38. *Ibidem*, pp. 218 y 219.
39. *Ibidem*, p. 223.
40. *Ibidem*, p. 226.
41. *Ibidem*, pp. 227 y 228.
42. *Ibidem*, pp. 234 y 235.
43. Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Pontificia Universidad Católica de Lima, Lima, 1997, pp. 326 y 328.
44. Peces-Barba Martínez, Gregorio, *La Constitución y los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 91.

45. *Ibidem*, p. 93.
46. Hammerly Dupuy, Daniel, *Gestación y nacimiento de un mundo mejor. Las utopías frente al pasado, el presente y lo futuro*, Kier, Buenos Aires, 1944, p. 52. El libro de Tomás Moro “recibe el título griego definitivo de utopía – en ningún lugar, lo que le permitirá jugar con el similar término de eutopía –en el mejor lugar-.” Poch, Antonio, Estudio preliminar a Moro, Tomás, *Utopía*, Tecnos, Madrid, 1987, p. LVI. Sobre las diversas connotaciones de la utopía *cf.* Mihailovic, Dejan, *La democracia como utopía*, Tecnológico de Monterrey, Miguel Ángel Porrúa, México, 2003, pp.76- 77.
47. Mihailovic, Dejan, *La democracia como utopía...*, *op. cit.*, p. 26
48. Poch, Antonio, Estudio preliminar a Moro, Tomás, *Utopía*, Tecnos, Madrid, 1987, p. LXIX.
49. *Ibidem*, p. LXX y LXX.
50. Martínez Moran, Narciso, “Los derechos humanos entre la utopía y la realidad”, en Martínez Moran, Narciso (ed.), *Utopía y realidad de los derechos humanos en el cincuenta aniversario de su Declaración Universal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1999, p. 28.
51. *Idem*.
52. *Ibidem*, p. 29.
53. Y este programa lo identifica en un doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los derechos fundamentales incorporados por las constitucionales deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, dirigida a establecer las técnicas de garantías idóneas y a asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y también en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrional, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: ante todo, hacia la garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional. *Ibidem*, p. 35.
54. Ferrajoli, Luigi, *Democracia...*, *op. cit.*, pp.32 y 33.
55. Mihailovic, Dejan, *La democracia como utopía*, Tecnológico de Monterrey, Miguel Ángel Porrúa, México, 2003, p. 26.
56. Garaudy, Roger, *Ideología y Utopía. El hombre del Siglo XXI en crítica de la Utopía*, UNAM, México, 1971, p. 224.
57. Martínez Moran, Narciso, “Los derechos humanos entre la utopía...”, *op. cit.*, p. 29.
58. Garaudy, Roger, *Ideología y Utopía...*, *op. cit.*, p. 224.
59. *Ibidem*, p. 225.
60. *Idem*.
61. Mannheim, Karl, *Ideología y Utopía*, trad. Eloy Terrón, Aguilar, Madrid, 1966, pp. 260 y 261.
62. *Ibidem*, p. 27. Con lo anterior no se quieren desconocer otras posturas que afirman que “por alejadas que parezcan las concepciones utópicas, los movimientos políticos, bañados por ellas, han ejercido un influjo decisivo y... pernicioso sobre la vida real de la sociedad”. Kolnai, Aurele, *Crítica de las utopías políticas*, Ateneo, Madrid, 1959, p. 7.
63. Blanco Dávila, Juan y Murgueitio Sicard, Luis Felipe, *Política, ley y utopía*. Breviario epistolar, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003, p. 23.
64. *Ibidem*, p. 24.
65. Poch, Antonio, Estudio preliminar a Moro, Tomás, *Utopía*, Tecnos, Madrid, 1987, p. LXXVIII
66. Mihailovic, Dejan, *La democracia...*, *op. cit.*, p. 13.
67. Sánchez Vázquez, Adolfo, *Filosofía...*, *op. cit.*, p. 15.
68. *Idem*.
69. *Ibidem*, p. 29.
70. Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. Eduardo Loedel, Paidós, Barcelona, 1989, p. 438.

CASOS PUEBLO SARAMAKA Y PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU: ¿UN PASO ATRÁS EN CUANTO AL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DE LAS SOCIEDADES TRADICIONALES?

Karine Rinaldi

Doctorando en derechos humanos en la Universidad de Nice Sophia-Antipolis, Francia.

El objetivo de este artículo es analizar el retroceso que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos –tanto en la sentencia *Pueblo Saramaka vs. Surinam* así como, recientemente, en la sentencia *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*– en lo que se refiere al fundamento de los derechos de las sociedades tradicionales.¹ Es decir, se trata de recordar *por qué* se les reconocen a los pueblos indígenas y tribales derechos diferenciados, y de alentar a la actual composición de la Corte de San José a aplicar estos derechos, sin tantos rodeos, a las sociedades tradicionales que se presentan ante el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. En primer lugar, se observan las aserciones erróneas hechas en las sentencias *Pueblo Saramaka* y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, acerca de una interpretación evolutiva de la Convención Americana condicionada a la existencia de un compromiso de los Estados demandados con los derechos de las sociedades tradicionales (1). Sobre esta base, se insistirá en la necesidad de volver a una interpretación evolutiva *real*, para que no se atenué la humanización del derecho internacional (2).

1. LAS SENTENCIAS PUEBLO SARAMAKA Y PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU COMO ASERCIONES ERRÓNEAS DE UNA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA CONDICIONADA A LA EXISTENCIA DE UN COMPROMISO DE LOS ESTADOS DEMANDADOS

El artículo 29 de la Convención Americana dispone que “[n]inguna disposición de la presente

Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Este artículo es una herramienta de aplicación de la norma más favorable;² es decir, es un instrumento de interpretación de la Convención a la luz del derecho interno (1.1) o internacional (1.2) más favorable.

Mientras que en la sentencia *Comunidad Moiwana vs. Surinam* –en contra de un Estado que no tiene legislación pertinente relativa a derechos de las sociedades tradicionales, y que no es parte de un tratado internacional específico en la materia– se aplicó, sin inconvenientes, la jurisprudencia iniciada en la sentencia *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, para reconocer los derechos territoriales de los miembros de la comunidad tribal Moiwana, dos años más tarde, en la sentencia *Pueblo Saramaka*, también en contra de Surinam, los integrantes de la Corte de San José utilizaron un razonamiento que podría calificarse de superfluo para reconocer derechos diferenciados en beneficio de las víctimas. El artículo 29.b de la Convención Americana fue visto, entonces, como un *límite* a la interpretación evolutiva del Pacto de San José; en este sentido, la Corte Interamericana reconoció los derechos diferenciados de las víctimas únicamente porque pudo encontrar un elemento de compromiso del Estado demandado con los derechos de las sociedades tradicionales. Este error tendiente a crear derechos de *geometría variable* se reiteró, de cierto modo, en la sentencia *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku* (1.3).

1.1. El artículo 29.b de la Convención americana como instrumento de interpretación a la luz del derecho interno más favorable

Varias reformas constitucionales tendientes a reconocer la existencia y los derechos de las sociedades tradicionales tuvieron lugar en el continente americano en el curso del siglo XX. La Constitución colombiana abrió el camino en 1991, y, con un mayor o menor grado, prácticamente todas las legislaciones latinoamericanas reconocen hoy los derechos diferenciados de los pueblos indígenas y tribales. Sin embargo, como bien afirma Luis Rodríguez-Piñero Royo, este reconocimiento no siempre está acompañado de las reformas necesarias para su efectividad.³ En el mismo sentido, el experto Bartolomé Clavero afirma que en razón de la no modificación de los aparatos estatales, “[e]l supremacismo (*sic*) cultural aún impera abiertamente.”⁴ Los casos que llegan ante el Sistema Interamericano son consecuencia de esta realidad. Sin embargo, estas legislaciones, que son favorables a las sociedades tradicionales únicamente en el papel, son instrumentos a disposición del Tribunal de San José. En este sentido, en el primer caso pertinente en que las víctimas eran miembros de una comunidad indígena, fue con base en la legislación del Estado demandado que la Corte reconoció los derechos territoriales de la comunidad. Se trataba de un problema de brecha entre el derecho reconocido a nivel interno a favor de las sociedades tradicionales y la ausencia de goce efectivo de estos derechos por los demandantes.

En la sentencia *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte recordaba que “el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados».”⁵ La Corte retranscribió, en el cuerpo de su sentencia, varios artículos de la Constitución de Nicaragua relativos a los derechos de los pueblos indígenas a mantener sus formas comunitarias de propiedad.⁶ El Tribunal retranscribió igualmente partes del *Estaduto de autonomía de las regiones de la Costa Atlántica*, que dispone que “[l]a propiedad comunal la constituyen las tierras, aguas y bosques que han pertenecido tradicionalmente a las Comunidades de la Costa Atlántica [...]. Las tierras comunales

son inajenables; no pueden ser donadas, vendidas, embargadas ni gravadas, y son imprescriptibles.”⁷ La Corte de San José también era consciente del decreto referente a la *creación de la Comisión Nacional para la Demarcación de las Tierras de las Comunidades Indígenas en la Costa Atlántica*, en virtud del cual “se hace necesario establecer una instancia administrativa adecuada para iniciar el proceso de demarcación de las tierras tradicionales de las comunidades indígenas.”⁸ El desarrollo jurisprudencial interamericano fue entonces facilitado, en este primer caso relativo a derecho territorial indígena, por el derecho interno del Estado demandado, que permitió interpretar el artículo 21 de la Convención Americana en el sentido de proteger “los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.”⁹

Otro ejemplo de recurso al derecho interno más favorable puede encontrarse en las sentencias en contra de Paraguay. Al respecto, la legislación paraguaya que reconoce la existencia de los pueblos indígenas como anteriores a la formación del Estado sirvió de base a la interpretación del artículo 21 de la Convención Americana. De acuerdo con el Tribunal, “[l]a Constitución paraguaya reconoce la identidad cultural de los pueblos indígenas y la liga al respectivo hábitat de cada uno de ellos, otorgándoles, además, una serie de derechos específicos, que sirven de base para que este Tribunal defina el alcance del artículo 21 de la Convención.”¹⁰

Más allá del derecho interno, todos los especialistas coinciden en que los desarrollos internacionales relativos a los derechos diferenciados de las sociedades tradicionales han influenciado el desarrollo del derecho interamericano al respecto.

1.2. El artículo 29.b de la Convención Americana como instrumento de interpretación a la luz del derecho internacional ratificado más favorable

El único texto internacional vinculante específicamente relativo a los derechos de las sociedades tradicionales es el *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* de la OIT (Convenio 169). La primera vez que la Corte Interamericana acudió explícitamente a este texto fue en una sentencia en contra de un Estado parte de este tratado internacional. Para la Corte, este tratado constituye un aporte para el trabajo interpretativo de la Convención:

[e]n el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el

Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintivos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹¹

En efecto, el “Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana.”¹² Asimismo, el artículo 21 de la Convención pudo ser comprendido con base en este Convenio como protector de la estrecha vinculación de los integrantes de las sociedades tradicionales con sus territorios y los recursos naturales ligados a su cultura que allí se encuentren.

De la misma manera, el artículo 25 del Pacto también fue interpretado a la luz del Convenio 169 para ser entendido como garante de la obligación de los Estados de “ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal.”¹³

De manera general, la Corte es consciente de que, como lo dispone el artículo 13 del tratado de la OIT, los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”¹⁴

Por otra parte, el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño sirvió para interpretar el artículo 19 de la Convención Americana en dos ocasiones relativas a temáticas indígenas. En las sentencias *Chitay Nech y otros vs. Guatemala* y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, en contra de Estados parte de la Convención de Naciones Unidas, la Corte declaró que

los Estados, además de las obligaciones que deben garantizar a toda persona bajo su jurisdicción, deben cumplir con una obligación adicional y complementaria definida en el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover

y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma.¹⁵

Sin embargo, la Corte de San José, sin indicarlo, también interpretó la Convención Americana a la luz de tratados ajenos al Sistema Interamericano, aun cuando estos no estaban en vigor para el Estado demandado. En este sentido, la propia Corte confesó que en la sentencia *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Estado que no era parte del Convenio 169, la interpretación de la Convención no fue ajena a los criterios del Convenio, que tuvo un gran peso (junto a la normativa interna) a la hora de interpretar las violaciones a la Convención Americana alegadas por la comunidad Awas Tingni.¹⁶ El juez Sergio García Ramírez había reconocido esta realidad en su voto adjunto a esta sentencia, en la cual pudo citar los artículos 13.1 y 14.1 del Convenio 169¹⁷ después de declarar que “[d]iversos instrumentos internacionales concernientes a la vida, cultura y derechos de los indígenas [...] constituyen elementos útiles – más todavía, indispensables – para la interpretación de las normas convencionales que debe aplicar la Corte.”¹⁸ Por otra parte, tampoco se puede ignorar que la *soft law* fue de gran ayuda para que los jueces de San José comprendieran la temática indígena y tribal. Por ejemplo, frases del *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas* fueron retomadas en la sentencia *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*.¹⁹

Sin embargo, la Corte se tornó mucho más positivista en la sentencia *Pueblo Saramaka* de 2007; una postura reiterada en la sentencia *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku* de 2012.

1.3. El error de ver el artículo 29.b como límite a la interpretación evolutiva del Pacto de San José en ausencia de derecho interno o internacional pertinente

En el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam* –pero no en el caso anterior relativo a la comunidad Moiwana, también en contra de Surinam–, los integrantes de la Corte vieron como un *reto* el hecho de que la legislación interna del Estado demandado no reconociera derechos de propiedad tradicional a los pueblos indígenas y tribales, y que Surinam no sea parte del Convenio 169. Es por ello que recurrieron a las interpretaciones de los Pactos internacionales –ratificados por el Estado– hechas por los Comités de Naciones Unidas, según las cuales el artículo 1 común es aplicable

a las sociedades tradicionales.²⁰ Para la Corte interamericana, fue solamente en virtud de este elemento que se pudo interpretar el artículo 21 de la Convención Americana de manera que confiriese “a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.”²¹

Por ende, lo que se desprende de la sentencia *Pueblo Saramaka* es que el Tribunal de San José únicamente podría interpretar y aplicar derechos diferenciados en beneficio de sociedades tradicionales cuando el Estado demandado sea parte –si es que no tiene legislación interna pertinente– de algún tratado internacional que reconozca los derechos específicos de estos pueblos (que los reconozca directamente, o que estos derechos hayan sido indirectamente reconocidos mediante la interpretación realizada por el órgano de control). Es decir, la Corte declara a un Estado responsable de la violación a la Convención Americana únicamente si este Estado se comprometió previamente con los derechos de los pueblos indígenas y tribales, sea mediante adopción de legislación interna o ratificación de un tratado pertinente. De esta manera, la Corte Interamericana, que realiza en su sentencia un desarrollo específico sobre el artículo 29.b de la Convención Americana,²² considera, para la interpretación evolutiva, únicamente este artículo, transformándolo así en *límite* para interpretar derechos humanos. De esta manera, y como se verá en la segunda parte de este artículo, la Corte olvida que, si el artículo 29.b no puede servir de herramienta, es decir, si no existe norma interna o internacional pertinente, se puede recurrir a otros elementos para la aplicación de derechos diferenciados en beneficio de sociedades tradicionales.

Un error similar se produjo en la sentencia *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*; en este caso la Corte buscó un fundamento a la obligación del Estado demandado de consultar a las sociedades tradicionales, ya que creyó no poder hacer derivar esta obligación de la propia Convención Americana. La Comisión Interamericana defendía que en virtud de la interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención, el Estado tenía la obligación de consultar al pueblo Sarayaku.²³ Sin embargo, este no fue el punto de vista de la Corte, que se dejó confundir por el argumento del Estado según el cual “al suscribir el contrato de exploración y explotación petrolera con la CGC en 1996, no tenía obligación alguna de iniciar un proceso de consulta previa, [...] dado que aún no había ratificado el Convenio N° 169 de la OIT y que la Constitución de ese entonces no contenía disposición alguna en este sentido.”²⁴ La Corte concluyó

entonces que “[d]ado que el Convenio N° 169 de la OIT aplica en relación con los impactos y decisiones posteriores originados en proyectos petroleros, aún cuando éstos hubieran sido contratados con anterioridad a la entrada en vigor del mismo, es indudable que al menos desde mayo de 1999 el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa al Pueblo Sarayaku, en relación con su derecho a la propiedad comunal e identidad cultural.”²⁵

Es cierto que, en virtud del Convenio 169, Ecuador está obligado desde 1999 a consultar con las sociedades tradicionales “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.”²⁶ Sin embargo, al afirmar esto, la Corte Interamericana se convierte en simple órgano de control del Convenio de la OIT, y ya no en órgano de control de la Convención Americana. Al ser un órgano de control y de interpretación de la Convención Americana, la Corte de San José habría tenido que afirmar que si bien es cierto que en 1999, a partir de la entrada en vigor del Convenio 169, la obligación de consultar fue reforzada, esta no nace con este evento, sino que ya estaba implícita en la Convención Americana, en aplicación de su artículo 1.1.

En efecto, concentrarse con tanto detenimiento en estas fechas hizo olvidar a la Corte que, como lo había reconocido en la misma sentencia, “[l]a debida protección de la propiedad comunal indígena, en los términos del artículo 21 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, impone a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.”²⁷ Tampoco se tomó en cuenta que “[l]a obligación de consultar [...] está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1).”²⁸

Por ende, el derecho favorable aplicable era la propia Convención Americana y las interpretaciones de sus disposiciones que ya había realizado la Corte. Asimismo, si el artículo 29.b no es pertinente por no existir derecho más favorable, es necesario volver a la interpretación evolutiva real que triunfó en la sentencia *Comunidad Moiwana*, en la que, como se analiza a continuación, se aplicó el principio de la autoridad de la cosa interpretada y se leyó la Convención americana de acuerdo con el respeto debido a la diversidad cultural. Se deben recordar estos argumentos jurídicos de manera que

no se difumine la humanización del derecho internacional y que se logre el objeto y fin de la Convención: una mayor protección de las personas.

2. LA NECESIDAD DE VOLVER A UNA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA REAL, PROFUNDIZANDO EN LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Como bien afirma el juez Antônio Augusto Cançado Trindade, el Estado existe para el ser humano, y no al revés.²⁹ La época del voluntarismo estatal tiende entonces a desaparecer, y varios argumentos jurídicos se habrían podido aplicar en la sentencia *Pueblo Saramaka* de manera tal que los derechos reconocidos por la Corte no fueran de *geometría variable*, es decir, aplicables en contra de ciertos Estados pero no de otros. Será necesario mencionar, en primer lugar, el principio de derecho internacional de la autoridad de la cosa interpretada (2.1). Se debe recordar que la interpretación de los derechos en beneficio de las sociedades tradicionales realizada en casos anteriores correspondía al reconocimiento, válido, de unos derechos inherentes de estos pueblos e independientes de cualquier reconocimiento estatal (2.2). Por otra parte, los derechos humanos enunciados en tratados generales pero interpretados de manera diferente en beneficio de las sociedades tradicionales, responden a una aplicación de estos derechos en términos de igualdad y no discriminación (2.3). Esto es precisamente lo que proporciona sentido al respeto de la diversidad cultural (2.4).

2.1. La incoherencia interamericana en cuanto al principio de la autoridad de la cosa interpretada

El principio de la autoridad de la cosa interpretada nació en la década de 1970 para expresar la autoridad de las sentencias de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas. Fue definido como la “autoridad de la interpretación de las disposiciones de una norma constitutiva de un orden jurídico, por la jurisdicción habilitada a proporcionar la interpretación auténtica de esta norma.”³⁰ Fue recién en 2010 que un juez interamericano empleó por primera vez este término, señalando que “[l]as interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular con *efectos subjetivos*, y (ii) en establecer la eficacia general

con efectos de *norma interpretada*.”³¹ Para el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot,

la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”. Lo anterior, debido a los efectos de la *norma convencional interpretada*, que produce “efectos expansivos” de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia. [...] [P]retender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material”, equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma.³²

De esta manera, como lo expresó Néstor Pedro Sagüés,

un Estado puede verse obligado por la doctrina sentada por la Corte Interamericana de derechos Humanos, en una causa en la que él no ha sido parte, ni obviamente tenido oportunidad para alegar en pro de una interpretación diferente a la formulada en aquel expediente. Paralelamente, la interpretación formulada por la Corte Interamericana va a tener de hecho el mismo valor que la letra del Pacto, e incluso será superior a la redacción de éste, porque como intérprete final del mismo fija la superficie y el alcance de sus cláusulas escritas.³³

Sin embargo, es curioso observar que mientras que este Tribunal pide a los Estados tomar en cuenta, a efectos de control de convencionalidad, tanto el *texto* de la Convención como las *interpretaciones* de este texto hechas por el Tribunal,³⁴ la Corte no aplica siempre esta lógica en sus propias sentencias. Si los Estados deben integrar, en su control de convencionalidad, las interpretaciones de las disposiciones de la Convención realizadas por la Corte, la propia Corte debería dar la correspondiente importancia –autoridad– a las interpretaciones de las normas convencionales que haya realizado.

Este principio fue ciertamente aplicado por la Corte en el caso *Comunidad Moiwana* en contra de un Estado que no tenía derecho interno favorable ni había ratificado tratado internacional alguno relativo a derechos de los pueblos indíge-

nas y tribales. La aplicación de la jurisprudencia iniciada en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* se realizó sin que esto pareciera representar problema alguno para los integrantes de aquella “época” interamericana. El Tribunal afirmaba lo siguiente: “esta Corte ha sostenido que, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias –pero que carecen de un título formal de propiedad– la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.”³⁵ Y así fue, el Tribunal extendió la jurisprudencia *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* al caso *Comunidad Moiwana* para reconocer el derecho de propiedad tradicional a la comunidad tribal.

Lamentablemente, esta lógica no operó dos años después, en el caso *Pueblo Saramaka* (en contra del mismo Estado demandado), resuelto por una composición diferente de la Corte.³⁶ En efecto, la ausencia tanto de derecho interno como internacional pertinente aplicable fue, para los integrantes de la Corte, como ya se mencionó anteriormente, un reto. La Corte no tomó en cuenta su propio desarrollo jurisprudencial relativo al artículo 21 en su aplicación a sociedades tradicionales.

Sin embargo, la jurisprudencia que dicta la Corte debe ser entendida –empezando por la propia Corte, independientemente de sus integrantes o equipos de trabajo en un momento dado– como vinculante no solo para los Estados responsables, sino para todos los miembros de la OEA que ratificaron la Convención y aceptaron la competencia de la Corte. Como lo ha indicado la Corte Europea de Derechos Humanos, sus sentencias sirven no solamente para resolver los casos que llegan ante ella, sino también, “de manera más amplia, para aclarar, salvaguardar y desarrollar las normas de la Convención y para contribuir, así, al respeto, por parte de los Estados, de sus compromisos como Partes contratantes.”³⁷ De esta manera, no era necesario acudir a los Pactos internacionales, ya que las interpretaciones realizadas anteriormente por la propia Corte eran suficientes para reconocer los derechos de las víctimas. Por otra parte, al acudir a los Pactos internacionales, la Corte le otorga autoridad a la cosa interpretada por los Comités de Naciones Unidas (no hay que olvidar que el artículo 1 común de los Pactos internacionales no apunta directamente a los pueblos indígenas y tribales, sino que fue mediante una interpretación evolutiva que los Comités lo hicieron aplicable a las sociedades tradicionales).

Varios expertos apoyan la crítica aquí presentada. El experto Bartolomé Clavero afirma, por ejemplo, que la sentencia *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* no resolvía simplemente un caso entre dos partes, sino que

a partir de ahora el derecho indígena de carácter colectivo al propio territorio y a los propios recursos puede entenderse que está incluido en la Convención Americana de Derechos Humanos con el consiguiente efecto vinculante para todos los Estados signatarios [...]. La sentencia en el caso *Awás Tingni* no afecta exclusivamente al Estado de Nicaragua ni beneficia tan sólo –ni en exclusiva– a una comunidad indígena entre tantas que existen en América [...]. Ya no es [...] que el derecho indígena dependa del reconocimiento del Estado y haya de conformarse con su legislación, sino más bien al contrario. Son los Estados los que quedan obligados a reconocer el derecho indígena.³⁸

Luis Rodríguez-Piñero Royo asevera, en el mismo sentido, que en

el procedimiento contencioso, las decisiones de la Comisión y de la Corte no sólo vinculan a los Estados responsables de violaciones de los derechos humanos en los casos específicos (el denominado efecto *inter partes*), sino que también generan interpretaciones generales de los derechos consagrados en la Convención [...], interpretaciones dotadas de autoridad que vinculan también al resto de los Estados en la aplicación de estas normas (efecto *erga omnes*).³⁹

Por otra parte, Mikel Berraondo López defiende esta misma idea basándose, además, en la aceptación de la competencia de la Corte. Para el autor,

una vez que se ha generado esta jurisprudencia interpretativa de la Convención Americana, reconociendo la existencia de los derechos territoriales en aquellos Estados que han sido condenados en los casos, ya no hace falta seguir elevando quejas al sistema interamericano para que determine la existencia o no de los derechos territoriales en Estados diferentes. Esto debido a que en virtud del artículo 62, y a que todos los Estados han reconocido la facultad obligatoria de las sentencias interpretativas de la Corte Interamericana, todos estos Estados deberían haber incorporado en sus sistemas jurídicos los reconocimientos realizados por la Corte sobre los derechos territoriales.⁴⁰

En efecto, al ser las sentencias interamericanas definitivas, no apelables y obligatorias, la invocación del artículo 62 de la Convención debería de ser suficiente cuando los Estados no modifican sus legislaciones para integrar los derechos diferenciados de las sociedades tradicionales. Por ende, el artículo 21 de la Convención americana debería ser visto por la Corte de San José como garante de las propiedades tradicionales de los pueblos indígenas y tribales del continente.

Más allá de otorgarles autoridad a las interpretaciones de la Convención Americana tendientes a reconocer los derechos diferenciados de las sociedades tradicionales, reconocer que estos derechos son inherentes a los pueblos indígenas y tribales permite, también, superar el voluntarismo estatal.

2.2. La superación del positivismo jurídico mediante el reconocimiento de los derechos inherentes a las sociedades tradicionales

Las sociedades tradicionales son una realidad anterior a la formación de los Estados y, por ende, al derecho nacional e internacional. Como bien lo observa el juez García Ramírez,

[e]n diversos países de América, los grupos étnicos indígenas, cuyos antepasados –pobladores originales del Continente– construyeron antes de la conquista y colonización instituciones jurídicas que se mantienen vigentes, en cierta medida, establecieron especiales relaciones de hecho y de derecho a propósito de la tierra que poseían y de la que obtenían sus medios de subsistencia. Estas figuras jurídicas, que traducen el pensamiento y el sentimiento de sus creadores y se hallan revestidas de plena legitimidad, enfrentaron la erosión de múltiples medidas adoptadas a partir de la conquista. Empero, han sobrevivido hasta nuestros días.⁴¹

Es un hecho que en las primeras sentencias interamericanas, el derecho consuetudinario indígena tuvo gran influencia en la interpretación de la Convención. Es fundamental no olvidar este elemento, que contribuye al reconocimiento del pluralismo jurídico. A tal efecto, la siguiente afirmación de la Corte de San José es esencial: “[e]l derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para

que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.”⁴²

Por ende, los derechos indígenas no son concedidos por los Estados, por los tratados internacionales o por los órganos de protección de los derechos humanos. Los derechos indígenas preexisten y, hoy en día, son simplemente *reconocidos* en el derecho nacional o internacional. En este sentido, tanto el Convenio 169 como la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas apoyan este argumentativo,⁴³ y, como lo afirmaron dos especialistas, “[l]a afirmación del principio de reconocimiento, y por ende del carácter a la vez originario y autónomo de los derechos indígenas, es de suma importancia jurídica porque consagra derechos anteriores al dominio del Estado sobre el territorio, y que tienen en consecuencia vocación a ser ‘recibidos’ por el Estado.”⁴⁴

La Corte de San José simplemente procede entonces al reconocimiento de una realidad que existía antes de la colonización del continente americano. El propio Juez García Ramírez observó que se trata de “intereses legítimos y derechos históricos de los primitivos habitantes de América y de sus sucesores;”⁴⁵ los derechos de las sociedades tradicionales “no surgen del orden jurídico reciente; que se limita a reconocerlos.”⁴⁶ Igualmente, para la Comisión interamericana,

[e]l derecho de propiedad comunal indígena se fundamenta asimismo en las culturas jurídicas indígenas, y en sus sistemas ancestrales de propiedad, con independencia del reconocimiento estatal; el origen de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales se encuentra también, por ende, en el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que ha existido tradicionalmente entre las comunidades.⁴⁷

Claudio Nash Rojas observaba asimismo que “es la legislación nacional la que debe adecuarse al derecho consuetudinario para resolver los conflictos en torno a la propiedad de la tierra [...]. Es destacable el hecho que la Corte no sólo reconozca elementos propios de la cultura indígena, sino que extraiga consecuencias prácticas de dicho reconocimiento y obligue al Estado a actuar en consecuencia.”⁴⁸ Prueba de que hoy en día las Constituciones de los Estados no tienen la última palabra, es que la Corte obligue a los Estados a reformar sus legislaciones contrarias a la Convención Americana y a

sus interpretaciones para hacer efectivos los derechos territoriales de las sociedades tradicionales.

Por todo lo anterior, y oponiéndose a la visión de Gerald Neuman según la cual el Tribunal Interamericano no toma suficientemente en cuenta los consentimientos estatales,⁴⁹ en este artículo se defiende que es necesario que no se repita el razonamiento que se dio en la sentencia *Pueblo Saramaka*, para que no se atenúe la humanización del derecho internacional. El principio de no discriminación e igualdad es un argumento suplementario para la interpretación evolutiva de la Convención Americana en ausencia de derecho interno o internacional con el que se haya comprometido un Estado demandado.

2.3. La igualdad y la no discriminación en la aplicación de los derechos

No es necesario recordar que la igualdad y la no discriminación son principios anclados tanto en el sistema universal como en el interamericano, erigidos en *Jus cogens*, –norma imperativa de derecho internacional– en la famosa opinión consultiva n° 18 de la Corte Interamericana.⁵⁰ La igualdad y la no discriminación incluyen también el concepto surgido de la opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia internacional *Escuelas minoritarias en Albania*, según el cual la igualdad de hecho puede necesitar tratamientos diferentes para llegar a un resultado que establezca el equilibrio entre situaciones diferentes. En este sentido, un tratamiento igual hacia la mayoría y la minoría puede desembocar en una desigualdad de hecho.⁵¹ Precisamente, en lo que concierne a los derechos de las sociedades tradicionales, Silvina Ramírez afirma que “la igualdad no significa otra cosa que un «tratamiento diferencial», que tenga presente diferentes concepciones y que se enmarque en un contexto histórico.”⁵² Por ende, en ausencia de un texto específico sobre los derechos de las sociedades tradicionales que otorgue competencia a la Corte interamericana, esta puede simplemente dejarse guiar por el principio de no discriminación e igualdad en la aplicación de los derechos.

La demanda de la Comisión ante la Corte en el primer caso pertinente se basaba justamente en este principio, y en ella se afirmaba que el artículo 21, “examinado a la luz del principio fundamental de la no-discriminación [...], necesariamente incluye protección para aquellas formas de propiedad que se basan en los patrones tradicionales de tenencia de tierra de los pueblos o comunidades

indígenas.”⁵³ La Comisión tuvo posteriormente la oportunidad de especificar que

[l]os derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios son jurídicamente equivalentes a los derechos de propiedad privada no indígena, aspecto que se deriva del deber de no discriminación establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los derechos a la igualdad ante la ley, a la igualdad de trato y a la no discriminación implican que los Estados deben establecer los mecanismos legales necesarios para aclarar y proteger el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales, al igual que se protegen los derechos de propiedad en general bajo el sistema jurídico doméstico.⁵⁴

James Anaya, relator de las Naciones Unidas para los derechos de los indígenas, defiende igualmente que “la norma fundamental de no discriminación requiere el reconocimiento de las formas de propiedad derivadas de patrones tradicionales o consuetudinarios de los pueblos indígenas, con independencia de las modalidades de propiedad creadas por la sociedad dominante.”⁵⁵

A pesar de que en la primera sentencia pertinente la Corte de San José no haya afirmado que el desarrollo jurisprudencial mediante el cual se aplicó el artículo 21 de la Convención a los territorios tradicionales se hizo sobre la base de la no discriminación en la aplicación de los derechos, el juez García Ramírez observaba en su voto adjunto que

[d]esconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes que consagra el artículo 21 de la Convención Americana, y pretender que únicamente existe una forma de usar y disfrutar de los bienes, equivaldría a negar a millones de personas la tutela de ese precepto, sustrayéndolos así del reconocimiento y la protección de derechos esenciales, que se brindan, en cambio, a las demás personas. De esta suerte, lejos de asegurar la igualdad de todas las personas, se establecería una desigualdad contraria a las convicciones y a los propósitos que inspiran el sistema continental de los derechos humanos.⁵⁶

Esta afirmación sirvió, sin duda, para que varios años después el Tribunal por fin considerara que, si bien la noción indígena “del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad”, merece

igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.⁵⁷

De manera más general, la Corte interamericana es consciente de que se deben interpretar, en beneficio de los pueblos indígenas y tribales, los derechos enunciados en la Convención a la luz del principio de igualdad y no discriminación. En una consideración previa, pudo afirmar que

[d]ebido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana.⁵⁸

Sin embargo, resulta decepcionante que la Corte no haya tenido este mismo razonamiento en todas sus sentencias (en particular en *Pueblo Saramaka* y, en cierta medida, en *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*). La invocación en todos los casos de este principio de no discriminación en beneficio de las sociedades tradicionales, concedería la razón al experto Dunshee de Abranches, cuyo informe –elaborado para comparar los Pactos de las Naciones Unidas y el proyecto de Convención americana para asegurarse de la compatibilidad del proyecto interamericano con los Pactos internacionales– concluía que no era necesario consagrar en la Convención una disposición específica a los derechos de las minorías, ya que lo que enuncia el artículo 27 del Pacto está implícitamente incluido en el artículo 24 de la Convención, que consagra el principio de igualdad ante la ley.⁵⁹

En virtud de lo anterior, no coincidimos con la doctrina –quizás alentada por la propia Corte interamericana, que hizo referencia, en varias ocasiones de su sentencia *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku* a los “derechos a la consulta y a la propiedad”– que habla de la *creación* de nuevos derechos. Al contrario, parece tratarse, simplemente, de derechos existentes, ya enunciados en la Convención Americana, pero interpretados a la luz de la diversidad cultural; derechos diferenciados, para su efectividad, en función de los beneficiarios.

2.4. La interpretación de la Convención americana a la luz de la diversidad cultural para una universalidad multicultural de los derechos humanos

Como afirma el especialista Rodolfo Stavenhagen, primer relator de Naciones Unidas para los derechos de los indígenas, la Declaración adoptada en 2007 es un lente a través del cual se leen los otros instrumentos internacionales: “[c]iertamente la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos indígenas no establece de hecho ningún nuevo derecho o libertad que no existiera ya en otros instrumentos de derechos humanos de la ONU, pero clarifica cómo estos derechos deben relacionarse con las condiciones específicas de pueblos indígenas.”⁶⁰ Al igual que su predecesor, el actual relator sostiene que la Declaración “[n]o crea nuevos derechos humanos sustantivos para [los pueblos indígenas] que otros no disfrutaban. Por el contrario, [...] contextualiza dichos derechos a la luz de sus características y circunstancias particulares, y promueve medidas para remediar la violación histórica y sistemática de esos derechos.”⁶¹ Julian Burger indica igualmente que la Declaración “desarrolla derechos existentes y los aplica a circunstancias culturales, históricas y políticas específicas.”⁶²

Del mismo modo, la Convención americana está simplemente siendo interpretada a la luz de las especificidades culturales; los jueces interamericanos no son legisladores, no son creadores de nuevos derechos (a la demarcación del territorio, o a la obtención de un título colectivo de propiedad, a la consulta o al consentimiento, por ejemplo). Estas aclaraciones hechas por la Corte, relativas a los componentes de las obligaciones de los Estados, dan *contenido* o *sentido* al derecho de propiedad en el contexto indígena y tribal; son medidas de salvaguarda que garantizan el derecho al territorio (un derecho que abarca los artículos

21, 5 o 4, por ejemplo). No se puede entonces hablar de los derechos a la consulta o al consentimiento como derechos autónomos, porque estos están incluidos en otros derechos enunciados en el Pacto de San José. En este sentido, es importante recordar la siguiente afirmación del juez García Ramírez:

[n]o es posible [...] considerar los derechos en abstracto, como fórmulas vacías, neutrales, incoloras, provistas para conducir la vida de ciudadanos imaginarios, perfilados por los textos y no por las condiciones de la realidad estricta [...] Que [los derechos humanos] tengan un alcance universal no significa que las medidas que deban adoptarse para asegurar el ejercicio de los derechos y las libertades sean uniformes, genéricas, parejas, como si no hubiese diferencias, distancias y contrastes entre sus titulares. Conviene leer con atención el artículo 2 del Pacto de San José: los Estados deben adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades. La referencia a medidas “necesarias” que “hagan efectivos” los derechos, remite a la consideración de especificidades y compensaciones.⁶³

Por ende, la Convención americana se enriquece de la diversidad cultural, acogedora de “derechos diferenciados en función de la pertenencia a un grupo.”⁶⁴ Los jueces Antônio Augusto Cançado Trindade, Máximo Pacheco Gómez y Alirio Abreu Burelli, sostienen que “muchas son, en nuestros días, las sociedades multiculturales, y la atención debida a la diversidad cultural nos parece que constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos.”⁶⁵ Carlos Iván Fuentes se refirió (antes del retroceso que se analiza en este artículo) a un nuevo criterio interpretativo, el de la diferencia cultural.⁶⁶

En consecuencia (y dejando de lado, en esta contribución, el debate relativo a los límites del derecho a la integridad cultural⁶⁷), se puede sostener que, interpretando los derechos humanos enunciados en textos generales a la luz de la diversidad cultural, la Corte contribuye a la realización de la universalidad de los derechos. Para el juez Antônio Augusto Cançado Trindade, “la conciencia jurídica universal ha evolucionado hacia un claro reconocimiento de la relevancia que la diversidad cultural tiene para la universalidad de los derechos humanos, y viceversa.”⁶⁸ Asimismo, “[e]l actual catálogo internacional de Derechos Humanos es apenas el concepto base sobre el cual se construye la estructura de un verdadero derecho universal.”⁶⁹ Para ello, siguiendo a Mireille Delmas-Marty, la *sous-détermination* inicial de los derechos humanos permite una determinación variable en el espacio y en el tiempo.⁷⁰ Para la profesora, el concepto universal es “aplicado de manera diferencial, demostrando que universalidad no es forzosamente sinónimo de uniformidad. Relativizar lo universal es ponerlo en relación con una realidad localizada en el espacio y situada en el tiempo.”⁷¹

Para concluir, se puede sostener que, para que la jurisprudencia interamericana relativa a sociedades tradicionales no deje de ser vista en todo el mundo como un enfoque original, y, sobre todo, para que las sociedades tradicionales del continente no estén en la necesidad vital de un texto específico sobre sus derechos diferenciados, es fundamental que los jueces interamericanos apliquen la Convención Americana a la luz de la diversidad cultural, dándole sentido a la aplicación no discriminatoria de los derechos.

NOTAS

1. Se empleará en este artículo el término “sociedades tradicionales”, que se refiere no solamente a los pueblos indígenas, sino también a los pueblos tribales, que, aunque no sean originarios del continente americano, son beneficiarios de los mismos derechos diferenciados que los pueblos indígenas, por compartir con ellos todos los otros elementos de definición.
2. Como bien lo dijo la Corte, “al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano” (Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, § 106).
3. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis. «El caso Awas Tingni y la norma internacional de propiedad indígena de las tierras y recursos naturales», in MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando y OLIVA MARTINEZ, Daniel (Dir), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid: ediciones Dykinson, 2004, pp. 221-248, esp. p. 221.
4. CLAVERO, Bartolomé. «Supremacismo Cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas», in CHARTERS Claire y STAVENHAGEN Rodolfo (Dir), *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, Copenhague: IWGIA, 2010, pp. 366-373, esp. p. 370.
5. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, § 147.
6. *Ibidem*, §§ 116, 117 y 118.
7. *Ibidem*, § 150.
8. *Ibidem*, § 120.
9. *Ibidem*, § 148.
10. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, § 138; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, §122.
11. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op. cit.*, § 127.
12. *Ibidem*, § 130.
13. *Ibidem*, § 96.
14. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, op. cit.*, § 119.
15. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, § 167; ver también Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xák-mok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, § 261.
16. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op. cit.*, § 131; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, op. cit.*, § 117.
17. Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de Fondo y Reparaciones en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *op. cit.*, § 7.
18. *Ibidem*, § 6.
19. Ver particularmente los párrafos 196, 197 y 216 del *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, Volumen 5, 1987, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, y los párrafos 149 y 151 de la sentencia en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *op. cit.*
20. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, § 93.
21. *Ibidem*, § 95.
22. *Ibidem*, § 92.
23. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, § 125.
24. *Ibidem*, § 128.
25. *Ibidem*, § 176; ver también § 183.
26. Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

27. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, *op. cit.*, § 171.
28. *Ibidem*, § 166.
29. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Évolution du droit international au droit des gens. L'accès des individus à la justice internationale: le regard d'un juge*. Paris: Pedonne, 2008, 188 p, esp. p. 132. Ver también CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Le déracinement et la protection des migrants dans le droit international des droits de l'homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 74, 2008, pp. 289-328, esp. pp. 291 y 292.
30. ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël. «L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique un couple juridiquement inséparable», in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris: Dalloz. 2008, pp. 11 à 28, esp. pp. 14 y 15: "l'autorité de l'interprétation des dispositions d'une norme constitutive d'un ordre juridique par la juridiction habilitée à donner l'interprétation authentique de cette norme".
31. Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, § 63.
32. *Ibidem*, §§ 79 y 51.
33. SAGÜÉS, Néstor Pedro. «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad», *Estudios Constitucionales*, 2010, n° 1, pp. 117-136, esp. pp. 125 y 126.
34. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, § 124.
35. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, § 131.
36. La Corte interamericana estaba integrada, para el caso Moiwana, en el orden de aparición en la sentencia, por: Sergio García Ramírez, Alirio Abreu Burelli, Oliver Jackman, Antônio A. Cançado Trindade, Cecilia Medina Quiroga, Manuel E. Ventura Robles, et Diego García-Sayán. La Corte interamericana estaba integrada, para el caso Saramaka, en el orden de aparición en la sentencia, por: Sergio García Ramírez, Cecilia Medina Quiroga, Manuel E. Ventura Robles, Diego García Sayán, Leonardo A. Franco, Margarete May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet.
37. Corte EDH. *Caso Irlanda c. Royaume-Uni*. Sentencia de 18 de enero de 1978, § 154.
38. CLAVERO, Bartolomé. «El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y Awas Tingni», *Revista I.I.D.H.*, vol. 39, 2004, pp. 257-292, esp. p. 278.
39. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis. «El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas», in BERRAONDO LÓPEZ, Mikel (Dir), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao: Ediciones de la Universidad de Deusto, 2006, pp. 153-203, esp. p. 180.
40. BERRAONDO LÓPEZ, Mikel. «Los derechos territoriales indígenas a la luz del artículo 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos», *Etnias & Política*, diciembre de 2008, n° 9, pp. 208-221, esp. p. 216.
41. Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de Fondo y Reparaciones en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *op. cit.*, § 12.
42. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, *op. cit.*, § 151.
43. Artículo 14.1 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y artículo 26 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Ver también *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, Ginebra, 2009, 200 p., esp. p. 94.
44. OTIS, Ghislain y LAURENT, Aurélie. «Le défi des revendications foncières autochtones: la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété ?», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 89, 2012, pp. 43-70, esp. p. 49: "L'affirmation du principe de reconnaissance, et donc du caractère à la fois originaire et autonome des droits autochtones, est d'une importance juridique capitale puisqu'il consacre des droits antérieurs à la mainmise de l'Etat sur le territoire et qui ont donc vocation à être "reçus" par ce dernier".
45. Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de Fondo y Reparaciones en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *op. cit.*, § 12.

46. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de Reparaciones y Costas en el caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, § 12.
47. Comisión IDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 de 30 de diciembre de 2009, § 68.
48. NASH ROJAS, Claudio. «Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», in AYLWIN, José (Dir), *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, Temuco: Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, 2004, pp. 29-43, esp. p. 36.
49. NEUMAN, Gerald. «Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights», *E.J.I.L.*, Vol. 19, n° 1, 2008, pp. 101-123.
50. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, § 100.
51. Corte Permanente de Justicia Internacional. *Escuelas minoritarias en Albania*. Opinión Consultiva del 6 de abril de 1935. Serie A/B, pp. 19 y 20.
52. RAMÍREZ, Silvina. «Igualdad como Emancipación: Los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas», *Anuario de Derechos Humanos*, 2007, pp. 33-50, esp. p. 39.
53. Demanda presentada por la Comisión Interamericana en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, § 92.
54. Comisión IDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, op. cit., § 61.
55. ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid: Ed. Trotta, 2005, 493 p., esp. p. 204.
56. Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de Fondo y Reparaciones en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, op. cit., § 13.
57. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, op. cit., § 120. El Tribunal lo reiteró en *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, op. cit., § 87 y en *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, op. cit., § 145.
58. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op. cit., § 51.
59. DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos A. *Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y los Proyectos de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.19. Doc 18, 18 y 24 juin 1968, p. 36.
60. STAVENHAGEN, Rodolfo. «Cómo hacer para que la Declaración sea efectiva», in CHARTERS Claire y STAVENHAGEN Rodolfo (Dir), *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, op. cit., pp. 374-394, esp. p. 377.
61. ANAYA, James. «El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración», in CHARTERS Claire y STAVENHAGEN Rodolfo (Dir), *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, op. cit., pp. 194-209, esp. p. 204.
62. BURGER, Julian. «Para que la Declaración sea efectiva como instrumento de Derechos Humanos en el sistema de la ONU», in CHARTERS Claire y STAVENHAGEN Rodolfo (Dir), *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, op. cit., pp. 326-335, esp. p. 330.
63. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas en el caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, §§ 29 y 31.
64. KYMLICKA, Will. *La citoyenneté multiculturelle: une théorie libérale du droit des minorités*, París: La Découverte, 2001, 359 p., p. 46.
65. Voto razonado conjunto de los jueces Antônio Augusto Cançado Trindade, Máximo Pacheco Gómez y Alirio Abreu Burelli a la sentencia de Fondo y Reparaciones en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, op. cit., § 14.
66. FUENTES, Carlos Iván. «Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: innovaciones en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa», *Debates sobre derechos humanos y el sistema interamericano*, n° 2, 2006, pp. 69-77, esp. p. 73.

67. ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, *op. cit.*, p. 184; KYMLICKA, Will. La citoyenneté multiculturelle: une théorie libérale du droit des minorités, *op. cit.*, pp. 64-67, 217 y 218; PENTASSUGLIA, Gaetano. *Minority Groups and Judicial Discourse in International Law. A Comparative Perspective*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 276 p., p. 134.
68. Voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade a la sentencia de interpretación en el caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 8 de febrero de 2006. Serie C No. 145, § 24.
69. FUENTES, Carlos Iván. «Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: innovaciones en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa», *op. cit.*, p. 70.
70. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du Droit. Le relatif et l'universel*, París: Éd. du Seuil, 2004, 439 p., esp. p. 66.
71. *Ibidem*, p. 406: "concept universel appliqué de façon différenciée, démontrant que l'universel n'est pas forcément synonyme d'uniformité. Relativiser l'universel, c'est en effet le mettre en relation avec une réalité localisée dans l'espace et située dans le temps".

DAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS AO CARNAVAL: O MULTICULTURALISMO COMO UTOPIA SOCIAL

Larissa A. Coelho

Mestranda em Direitos Humanos, Escola de Direito – Universidade do Minho.

O homem do século XXI será cada vez mais um homem mestiço, rico de identidades e de pertinências múltiplas
Umberto Eco

O presente artigo visa ao estudo do multiculturalismo em uma perspectiva jurídica relacionado com as leis migratórias existentes no contexto português. No mundo globalizado a frequente entrada e saída de pessoas em diferentes regiões coloca em causa as capacidades dos Estados de integrar essa população migrante aos seus nacionais e de satisfazer os anseios de ambos. Essa tentativa de integração é o tema central das teorias multiculturalistas. Verifiquemos, assim, se as políticas migratórias estão em conformidade com a multiplicidade existente.

POLÍTICAS MIGRATÓRIAS E O MULTICULTURALISMO

O multiculturalismo distingue-se da multiculturalidade; esta última é um fato, a realidade existente, a sociedade. O multiculturalismo é um modelo filosófico-político que procura entender a sociedade e a sua diversidade, os vários grupos que a compõem e coexistem na sua diferença, sendo exigidas muitas vezes políticas afirmativas que busquem garantir o respeito e a igualdade de oportunidades entre essa população diferente que compõe a sociedade.

Por multiculturalismo entende Mary Del Priore que

“o termo «multiculturalismo» designa tanto um fato (sociedades são compostas de grupos culturalmente distintos) quanto uma política (colocada em funcionamento em níveis diferentes) visando à coexistência pacífica entre grupos étnica e culturalmente diferentes. [...] A política multiculturalista visa, com efeito, resistir à hegemonia cultural, sobretudo, quando esta homogeneidade afirma-se como

única e legítima, reduzindo outras culturas a particularismos e dependências”¹.

O movimento multicultural surge no Canadá entre as décadas de 70 e 80 do século XX, definido como uma “nação multicultural, constituída por comunidades históricas e culturais diversas [...] Povos Indígenas, os Quebequenses e os imigrantes”². Tem sua origem doutrinal com o debate entre comunitaristas e liberais, fruto da discussão iniciada por John Rawls sobre a teoria liberal da cidadania. Para os liberais, o foco central deve ser o indivíduo e os direitos a ele inerentes, devendo o Estado ocupar uma posição neutra em relação à diferença existente em sua população. Por sua vez, para os comunitaristas a sociedade é uma fonte de identidade pessoal, sendo necessário igualar sua população, oferecendo assim direitos específicos para parcelas específicas para que possam sobreviver em harmonia com os demais e em um nível igualitário.

As políticas multiculturais iam de encontro à filosofia comunitarista, o que levou os liberais a modificarem a sua posição, pois os Estados começam a ter movimentos migratórios, o que gera uma comunidade poliétnica. Os Estados não respeitam o princípio da neutralidade conforme lhes era exigido, advindo em grande parte, pelo menos no espaço europeu, Estados Sociais e neste percurso o fim do regime comunista com a queda da União Soviética, que justificava em parte as políticas liberais. O multiculturalismo canadense nesse novo cenário começa a ser visto como uma solução para os problemas que passam a existir com a diversidade.

Essa nova sociedade deveria ser construída por elementos nacionais integrados com os elementos migrantes, compreendendo variáveis como

identidade nacional, cidadania, educação, inserção no mercado de trabalho e representação política. E são justamente esses conceitos que pretendem ser operacionalizados nas políticas migratórias, principalmente quanto à integração. Porém, as políticas migratórias definem legalmente os critérios para entrada, permanência e saída de pessoas de seu território, sendo essas medidas restritivas que pretendem limitar a circulação em função da origem, saúde, condição pessoal e outros critérios adotados pelos Estados. O espírito da norma em realidade pretende impedir as pessoas de acender ao território de destino, com uma longa lista de requisitos que têm que ser cumpridos pelos imigrantes. A integração na prática não demonstra ser a prioridade.

A teoria multiculturalista fundamenta-se em três autores: Charles Taylor, Will Kymlicka e Iris Marion Young³. É Kymlicka quem propõe o direito das minorias, dividindo esta em dois grandes grupos: as minorias nacionais e as minorias étnicas. Por minorias nacionais entendem-se os grupos que possuem uma cultura própria e um território próprio, incorporado na sociedade. Falamos dos índios na América e das populações como a da Catalunha, Espanha, que já habitavam o território antes da construção do que hoje se chama sociedade. E designa como uma das minorias étnicas o imigrante, sendo que é com ele que surge a diversidade cultural. O que leva autores a distinguir multiculturalismo de diversidade cultural. Para Fernando Kulaitis, “[d]izer que os imigrantes constituem grupos étnicos é também uma definição operativa para que se possa verificar seus níveis de integração, ao mesmo tempo em que possibilita o questionamento de a identidade nacional estar associada a «uma» identidade étnica”⁴.

Os movimentos migratórios estão presentes desde a antiguidade, por exemplo, com a expansão do império romano, mas o seu grande destaque se dá com o período das navegações e descobertas de novos continentes no século XIV. Com a colonização de novas terras nos deparamos com uma situação anterior ao multiculturalismo; falamos da assimilação. A assimilação ocorre com a chegada do colonizador, que agora reveste o papel de estrangeiro, que impõe a sua cultura ao colonizado, que é o nativo.

Hoje não temos mais movimentos imperialistas em que o estrangeiro impõe a sua cultura, mas, com o fenômeno das migrações, alguns países europeus permanecem com políticas migratórias assimilacionistas que pretendem integrar as minorias completamente em suas sociedades, fazendo

desaparecer as especificidades distintivas como a língua de origem, cultura e hábitos sociais. Outros países adotam políticas de segregação, que não buscam uma integração geral, como as de assimilação e nem uma integração moderada, como pretende a multiculturalidade. Essa distinção poderá ser verificada conforme a designação que o estrangeiro recebe nos países. Na França e em Portugal são chamados de imigrantes, na Grã-Bretanha de minorias étnicas e raciais, na Suécia e Holanda de minorias étnicas e culturais e na Alemanha e Suíça de estrangeiros ou trabalhadores convidados.

Conforme essas nomenclaturas para os estrangeiros podemos determinar se as leis migratórias pretendem ou não uma tentativa real de integração do imigrante. Porém muitas vezes a assimilação é interpretada como sendo cumprimento ao princípio da igualdade como uniformidade e homogeneidade, ou seja, o estrangeiro será detentor de direitos e deveres igualmente ao nacional, como se nacional fosse, sem ser levadas em conta as suas especificidades. É o que poderíamos determinar como uma plena aplicação do princípio da equiparação entre nacionais e estrangeiros; é a elevação do estrangeiro a cidadão daquele território.

Porém, na prática, o que vemos são políticas migratórias segregacionistas, uma vez que estas visam a evitar conflitos, gerando leis de imigração que consagram vistos ou autorizações de entrada de curta duração, muitas vezes sendo a chave mestre um contrato de trabalho, que limita a imigração a um período temporal: a vigência do contrato; sendo esta muitas vezes uma migração transitória, eximindo o Estado de qualquer esforço de integração. Vemos essa prática nas leis migratórias portuguesas, que têm como fonte primária para a concessão de um visto ou autorização de residência o contrato de trabalho. Ao longo dos anos e da publicação de variadas legislações que regulam os estrangeiros em Portugal, cada vez mais é o contrato trabalhista que ganha forças, como exemplo o DL nº 34/2003, de 25 de Fevereiro; o que tem força é o contrato e o sistema de cotas e a Lei nº 59/93, de 03 de Março, que tinha como verdadeira intenção uma imigração zero, com requisitos tão restritivos e seletivos que impedisse a fixação de estrangeiros em território nacional. A atual legislação, a Lei nº 23/2007, de 04 de Julho tem como novidade uma imigração temporária, mas que recebe uma autorização de residência para um dos fins descrito no diploma.

Contudo, as medidas políticas pretendidas pelos imigrantes individualmente e/ou em associações, gira em torno de leis de cidadania, de

uma efetiva integração deste na sociedade, em que seja detentor dos direitos e deveres consagrados na Constituição nacional. Sendo integração entendido no sentido de troca, ou seja, a comunidade imigrante e a nacional trocam experiências culturais, cada uma agrega valores da outra, o que foi designado em 1908 *melting pot* pelos liberais e se caracteriza pela fusão de etnias e influências mútuas.

Com essa fusão de culturas, poderiam ser reguladas as leis de cidadania, nas quais o estrangeiro passaria a ser visto como parte integrante desta sociedade receptora, logo cidadão desta. O modelo liberal do pós-guerra recebendo influências dos Direitos Humanos presentes na Carta de Direitos Internacionais e da discussão em torno da possibilidade de existir um núcleo de direitos universais, superiores às cartas políticas estatais e que ultrapassasse a discussão em torno de uma lista longa ou curta de direitos individuais, afirmando a ideia das minorias migrantes e a igualdade de direitos para todos os cidadãos, e visando apenas ao indivíduo e não à comunidade cultural.

Logo, estamos diante da concessão da cidadania a estes estrangeiros. Porém, como ressalta Juan Carlos Velasco, conceder cidadania não é equivalente a integrar socialmente, mas impedir a integração do imigrante e tornar o acesso a essa cidadania difícil⁵. Ou seja, as políticas migratórias portuguesas visam apenas a uma migração temporária, não primando pela integração e deixando o estrangeiro em um ponto distante para que este se torne cidadão.

Esse mesmo autor declara que os imigrantes regularizados, embora como membros de fato da sociedade de acolhimento, não são sujeitos de pleno direito e as autorizações de residência são verdadeiras formas de substituir a cidadania e de não promover a integração. Podemos interpretar que as autorizações de residência são um embuste para com o imigrante, que pensa estar integrado ou verdadeiramente assimilado na sociedade receptora, mas seu estatuto administrativo implica que ele será apenas alguém de passagem. Isso ocorre com a Lei nº 23/2007, pois as autorizações de residência para os mais diversos fins, como prevê o diploma, não são passíveis de transformação em autorização de residência permanente ou na aquisição do estatuto de residente de longa duração, pois o tempo de moradia em território português, conforme as autorizações para fins de estudo ou trabalho, por exemplo, não é contabilizado para os demais títulos. Logo esse imigrante estudante ou trabalhador, que pensa que se integra ou que assimila a cultura

dominante, em verdade está cada vez mais distante e mantido no seu núcleo de exclusão. Esse trabalhador/estudante nunca adquirirá o estatuto de cidadão.

De um país de emigração Portugal passa na década de 80 do século XX a país de imigração. As suas constantes alterações legais em matéria de imigração demonstram fragilidade e instabilidade, devendo assim reinventar seus padrões de integração. "Até agora a resposta [...] ao desafio colocado pela imigração sofre ausência de mecanismos institucionais e da inexperiência administrativa em questões de planificação, regulação e gestão interna da imigração"⁶.

O imigrante, em sua pouca percepção sobre as reais intenções do Estado, busca se reconhecer e afirmar a sua identidade (auto-reconhecimento), ora conforme a sociedade dominante, ora de acordo com a sua cultura de origem. Vemos que, na prática, a teoria do reconhecimento de Taylor, embora não pensada em exclusivo para a classe migrante, é de grande valia. A teoria do reconhecimento igualitário pretende a identificação do indivíduo dependente do diálogo e da igualdade de oportunidades, sendo para este indivíduo importante a imagem que tem de si mesmo e a da comunidade em relação a ele. Para Taylor essa política é capaz de pôr fim à opressão e criar sociedades democraticamente saudáveis.

Muitas vezes, as exigências e a busca pela igualdade de cidadania do imigrante frente ao nacional se dão em confluência com o que Taylor apresenta, pois que pretende o estrangeiro ser reconhecido (a maioria das vezes) não como um membro extraterrestre, mas como pertencente àquela sociedade, o que o leva a situações caricatas como a imitação dos nacionais em sua forma de se expressar/falar e na vestimenta. Essas observações podem ser apontadas com relação a alguns membros da comunidade brasileira em Portugal, os quais buscam uma igual oportunidade nos mais variados setores como se portugueses também fossem.

Esta política do reconhecimento igualitário tem duas vertentes, uma universal e outra singular. A primeira visa à igualdade de direitos e privilégios, baseando-se no princípio da igual dignidade e a não distinção entre as classes sociais. A segunda prende-se à política da diferença, em que as pessoas devem ser reconhecidas por suas capacidades singulares, sua identidade única, visando a uma preservação do indivíduo e a medidas de compensações sociais para que todos tenham a mesma oportunidade, contra possíveis discrimina-

nações. Afinal, todas as culturas merecem igual respeito. Esse posicionamento é criticado, pois se reconhece hoje que algumas minorias podem ter direitos especiais que impõem um tratamento diferenciado. Taylor reconhece essa incompatibilidade e declara que o liberalismo atual não pode pretender mais uma neutralidade completa do Estado.

Já Kymlicka trata o multiculturalismo como uma teoria da política liberal e defende que ele é a resposta normativa à diversidade, sendo a cultura uma realidade dinâmica e plural, constituída dos indivíduos⁷. No entanto, esta cultura não é inalterada, devendo haver uma troca entre os nacionais e os estrangeiros. O autor não defende a assimilação, sendo esta um desrespeito à identidade do indivíduo que não pode ser negada. Ao reconhecer o direito minoritário, o indivíduo deve ser respeitado não apenas como membro da sociedade em que está inserido, mas também na sua diversidade. Sendo assim o estrangeiro poderá se manter na sua cultura, não sendo necessário o estatuto e o reconhecimento da cidadania.

Kymlicka defende que, embora os indivíduos possam entrar em países diferentes do seu de origem, estes Estados têm o direito de limitar a distribuição do direito de cidadania e determinar a quem pretende beneficiar com tal direito ou outros previstos internamente. A cidadania é um direito que tem que ser diferenciado do grupo, algo próprio dos Estados, não devendo ser objeto de desejo das minorias étnicas, uma vez que deve ser mantida a cultura de origem em harmonia com a cultura da sociedade de destino, defendendo a manutenção de diferentes culturas societárias ao invés da fusão das sociedades. Logo poderíamos assinalar a existência de diferentes cidadanias, conviventes em um mesmo plano.

É neste quadro de diversas cidadanias que se pretende a inclusão dos estrangeiros em Portugal, parte hoje da União Europeia, com o lema da integração na diversidade, mas na prática ainda impetra uma separação entre as diversas comunidades que o compõe. Podemos ver que territorialmente as comunidades estrangeiras fixam-se em Portugal em zonas específicas, vivendo apenas conforme as suas culturas, como por exemplo, os ciganos no bairro de Santa Tecla, Braga; os cidadãos de países africanos na Amadora, Lisboa. Órgãos foram criados pelo governo português no sentido de integrar essas e outras comunidades estrangeiras em Portugal. Podemos destacar o Alto-Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas, criado em 1996, dependente da Presidência do Conselho de Ministros, cuja finalidade é o auxílio e assistência

à população imigrante. Em 2002, transforma-se em Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas (ACIME) e em 2007 é alterada a denominação para Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI), tendo por missão colaborar na concepção, execução e avaliação das políticas públicas, relevantes para a integração das minorias étnicas, bem como promover o diálogo entre as diversas culturas, etnias e religiões. Porém, na prática, esse órgão ainda não atingiu a perfeita harmonia entre nacionais e estrangeiros, apesar de Portugal ser um país de miscigenação, como se verifica em toda a sua história. Hoje são novas realidades que atravessam suas fronteiras e sua política de colonizador já não é mais aplicada. De um país de integração *a priori* estamos caminhando para um de segregação, conforme o estudo das intenções das leis imigratórias e do significado dado à autorização de residência.

Portugal garante aos grupos étnicos apoios sociais, como o realojamento e o rendimento mínimo. No entanto, esses benefícios sociais não estão ao alcance de toda a população estrangeira, mas apenas daquela que possui um título de residência válido e que esteja ao abrigo de um estatuto de igualdade de direitos e deveres, como ocorre com a comunidade brasileira, pois decorre essa possibilidade de acordos bilaterais entres os Estados. Aos estrangeiros em situação irregular e dependendo do tipo de autorização que possuam não lhes é possibilitado o benefício de tais apoios.

A missão do ACIDI em uma tentativa de integração vai ao encontro da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, aprovada pela UNESCO em 2/11/2001, que se baseia no princípio de que a riqueza cultural do mundo reside na sua diversidade em diálogo, sendo a diversidade cultural entendida como patrimônio comum da humanidade. Assim, não se declara apenas o multiculturalismo, mas a interculturalidade.

Com a crise do Estado Social e o aumento do desemprego, há uma regressão por parte dos Estados ao não multiculturalismo ou ao que hoje se coloca como interculturalismo, o que podemos verificar nas leis imigratórias, muitas vezes com o incentivo ao regresso dos imigrantes ao país de origem ou com o endurecimento dos requisitos para entrada ou a determinação de quotas para entrada. Com a atual crise económica europeia, muitas dificuldades surgem quanto à integração e gestão da diversidade étnica, pois as políticas sociais sofrem reduções e o desemprego torna o imigrante uma ameaça e um concorrente na disputa

de vagas de trabalho. Desse modo, assim há um crescimento do sentimento xenófobo.

Todos os Estados que financiam as políticas públicas, sociais e multiculturais com dinheiro público estão em situações delicadas, ocorrendo em diversos países manifestações públicas contra os processos migratórios.

Uma política migratória coerente e digna deveria apoiar-se pelo menos em três eixos, conforme descreve Juan Carlos Velasco: “um modelo de gestão de fluxos (regulamentação do acesso e condições de permanência dos imigrantes); uma gestão da integração e, por fim [...] uma política de desenvolvimento conjunto com os países emissores de emigração”⁸. Sabemos que esse modelo utópico não corresponde à realidade em que as políticas migratórias ficam restritas às práticas administrativas e judiciais que regulam a entrada, permanência e saída de estrangeiros do território. Sendo assim, também é utópico o pensamento de uma verdadeira integração que respeite os limites das culturais nacionais e estrangeiras, vivendo estas em harmonia, sem que isso signifique uma dominação de uma sobre a outra.

Verificamos que hoje o multiculturalismo, no contexto das políticas migratórias, consiste em nada mais do que uma utopia, um movimento ideal, mas não aplicado pela maioria dos Estados, incluindo o legislador português. Somos levados a questionar, neste período de crise econômica

em escala global: onde se encontra a aplicação do conceito de multiculturalismo? Eis que em meio a esse pensamento escutamos um trecho da marchinha de carnaval “vou botar molho inglês na feijoadá, vou misturar chá com cachaça”⁹. Pelo menos nos quatro dias de fantasia que é o carnaval a integração multicultural é possível em sua plenitude, posto em que múltiplas culturas são capazes de conviver em respeito mútuo, sem que ocorra uma assimilação, como canta a letra, estando neste exemplo em harmonia a cultura brasileira com a inglesa.

Voltando às políticas migratórias, o problema do multiculturalismo ainda é uma pergunta sem resposta, podendo também questionar-se se estas políticas são voltadas à diversidade cultural, como afirmam alguns autores, ou se são verdadeiras políticas de assimilação ou segregação, sendo este o questionamento feito pelo Relatório Anual de Diversidade e Igualdade para a Europa em 2001, que perguntava se era conveniente assimilar diferentes culturas na cultura principal ou aceitá-los na sua diferença... em realidade, as políticas migratórias, pelo menos no contexto português, estão mais para políticas de segregação... hipótese esta ainda não levantada pelos doutos autores. Na prática, talvez esteja a faltar aos legisladores um pouco da folia do carnaval para que possam também misturar chá com cachaça, e assim criar leis verdadeiramente capazes de integrar a população nativa com a estrangeira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAGANHA, Maria Ioannis, "Política de imigração: regulação dos fluxos", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 73, Dezembro de 2005. pp 29-44.
- IMI – International Migration Institute, *Para uma nova agenda de investigação sobre as migrações internacionais*, University of Oxford, Maio de 2006. Disponível em < <http://www.imi.ox.ac.uk/pdfs> > [17.11.2011].
- KULAITIS, Fernando, "«Assimilação» e «Multiculturalismo»: vertente de um debate para abordar as migrações internacionais", *Cidadania, Controle Social e Migrações Internacionais, Sociologia & Política*, I Seminário Nacional Sociologia & Política, *Sociedade e Política em tempos de incerteza UFPR*, 2009. Disponível em <www.humanas.ufpr.br/evento/Sociologia-Politica> [17.02.2012].
- MARQUES, Rui, *Diversidade e identidade nacional na União Europeia: desafios multiculturais*, Conferência de Encerramento no Seminário Diversidade e Identidade Nacional na União Europeia: Desafios multiculturais, Lisboa, 22/23 de Março, Instituto Português de Relações Internacionais, ACIDI – Alto Comissariado para Imigração e Diálogo Intercultural, I. P. Disponível em: <<http://www.acidi.gov.pt/>> [19.02.2012].
- _____, *Políticas de gestão da diversidade étnicocultural. Da assimilação ao multiculturalismo*. Observatório da Imigração, ACIDI - Alto Comissariado para Imigração e Diálogo Intercultural, I. P. Disponível em: <<http://www.oi.acidi.gov.pt/>> [19.02.2012].
- _____, "Imigração em Portugal – Uma visão humanista", *Cidade Solidária*, Julho 2005. pp. 2-9.
- PEQUITO, José Ferreira Lourenço, *Políticas de imigração, estado de bem-estar e população imigrante em Portugal*, 2009, 128f, Instituto Superior de Economia e Gestão Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, Junho de 2009.

NOTAS

1. Cf. PRIORE, Mary Del, *Multiculturalismo ou de como viver junto*, TVEBrasil. Disponível em <www.ia.ufrj.br/ppgea/conteudo/.../Multiculturalismo_texto1.doc> [18.02.2012].
2. Cf. MOREIRA, Conceição, "Multiculturalidade e multiculturalismo", Cap. IX, in ROSAS, João Cardoso (org.), *Manual de Filosofia Política*, Coimbra: Almedina, 2008. pp. 219 – 220
3. Focamos a discussão ao redor apenas de Taylor e Kymlicka.
4. Cf. KULAITIS, Fernando, "«Assimilação» e «Multiculturalismo»: vertente de um debate para abordar as migrações internacionais", Cidadania, Controle Social e Migrações Internacionais, Sociologia & Política, I Seminário Nacional Sociologia & Política, *Sociedade e Política em tempos de incerteza*, UFPR, 2009. Disponível em <www.humanas.ufpr.br/evento/SociologiaPolitica> [17.02.2012].
 PRIORE, Mary Del, *Multiculturalismo ou de como viver junto*, TVEBrasil. Disponível em <www.ia.ufrj.br/ppgea/conteudo/.../Multiculturalismo_texto1.doc> [18.02.2012].
 ROSAS, João Cardoso (org.), *Manual de Filosofia Política*, Coimbra: Almedina, 2008.
 _____, "Multiculturalismo", *Dicionário de Filosofia Moral e Política*, Instituto de Filosofia da Linguagem, FCSH/UNL, Disponível em <<http://www.ifl.pt>> [19.02.2012].
 _____, *Sociedade Multicultural: conceitos e modelos*, Conferência "Diversidade e Identidade Nacional na União Europeia: Desafios multiculturais", Lisboa, 22 de Março de 2007, Universidade Nova de Lisboa. Disponível em <http://www.ipri.pt/eventos/pdf/PE_JCR_site.pdf> [19.02.2012].
 UNESCO, Conferência Geral, *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*, CLT.2002/WS/9, 2002. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/>> [19.02.2012].
5. Cf. VELASCO, Juan Carlos, "As migrações internacionais", Cap. VIII, in ROSAS, João Cardoso (org.), *Manual de Filosofia Política...* op. cit. pp. 202 – 203.
6. Cf. VELASCO, Juan Carlos, "As migrações internacionais"... op. cit. p. 212.
7. Cf. MOREIRA, Conceição, "Multiculturalidade e multiculturalismo"... op. cit. p. 226.
8. Cf. VELASCO, Juan Carlos, "As migrações internacionais"... op. cit. p. 212.
9. Refrão da música da escola de samba União da Ilha, Rio de Janeiro, Brasil, 2012.

A HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE: REFLEXÕES SOBRE A EXPLORAÇÃO DE RECURSOS NATURAIS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL E DOS DIREITOS HUMANOS

.....

Leticia Sakai

Doutoranda em Direito Internacional na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne em co-tutela com a Universidade de São Paulo; Master 2 Recherche em Direito Internacional e Direito das Organizações Internacionais na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne em 2009.

INTRODUÇÃO

A Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a chamada “Rio+20”, que ocorreu de 13 a 22 de junho de 2012, no Rio de Janeiro, recebeu críticas severas de ambientalistas e organizações não governamentais (ONG). A Conferência que tinha o objetivo de reunir chefes de Estado e sociedade civil para discutir e tomar decisões relativas ao desenvolvimento sustentável, preservação do meio-ambiente e respeito aos direitos humanos, foi acusada de ter fracassado pela falta de ambição em suas resoluções. Especialmente quanto ao seu documento final intitulado “O Futuro que Queremos”. Este documento foi visto como um grande retrocesso em relação a Conferência Rio 92.

“O Futuro que queremos” foi tido como abstrato e sem metas vinculantes ou financiamento para avançar para uma “economia verde”, ou seja, uma economia consciente da preservação do meio-ambiente e que combata a pobreza, garantindo condições de vida decente a todos e às gerações futuras.¹ E infelizmente, na falta de objetividade da Conferência, questões importantes e pontuais, do próprio âmbito nacional, deixaram de ser discutidas ou mesmo mencionadas, como o caso da hidrelétrica de Belo Monte no Pará tão destacado pela mídia e por ONGs nacionais e internacionais nos últimos anos.

A polêmica sobre a construção da usina de Belo Monte na Bacia do Rio Xingu no município de Altamira no estado do Pará, da região Norte do Brasil, já dura mais de vinte anos. Com capacidade instalada de 11.233,1 MW, a construção da hidrelétrica de Belo Monte é considerada hoje a

maior obra do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do governo federal,² além de ser tema de calorosos debates a nível nacional e internacional desde 2009, quando foi publicado o novo Estudo de Impacto Ambiental (EIA) na região. Em fevereiro de 2010, a discussão ganhou proporções ainda maiores, argumentando-se que a concessão da licença ambiental à construção da usina pelo Ministério do Meio-Ambiente fora dada sem o devido esclarecimento de questões centrais sobre o impacto socioambiental da obra.

Movimentos sociais e lideranças indígenas contrários à construção e funcionamento da usina ganharam dimensão internacional. Em 2011, a construção da usina e seu impacto foram objeto de discussão no Conselho do Alto Comissariado de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, vinculada à Organização dos Estados Americanos (OEA). Alega-se que a construção da hidrelétrica afeta o sistema jurídico internacional uma vez que viola regras relativas ao direito ao meio-ambiente e aos direitos humanos.

No entanto, Belo Monte é apenas um dentre os inúmeros exemplos de violação de regras ambientais e de direitos humanos no contexto de exploração de recursos naturais.³ Por tratar de questões que ultrapassam as fronteiras nacionais, como direitos e obrigações internacionais do Estado, o presente artigo adotará a perspectiva do direito internacional. Nesse ínterim, pretende-se examinar sobretudo a função do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais. Este princípio prescreve que todo Estado tem o direito soberano e permanente de dispor e de controlar suas riquezas e recursos naturais. A ob-

servância deste princípio poderia vir a reforçar o aparato de proteção dos direitos humanos e direito ao meio-ambiente no panorama da exploração de recursos naturais. Para isso, concentraremos nossa análise no exemplo da Hidrelétrica de Belo Monte, em que a violação de normas de Direito Internacional, tais como o princípio da soberania permanente sobre recursos naturais e direitos humanos, merece ser objetivo de incansável debate.

I. O PRINCÍPIO DA SOBERANIA PERMANENTE DO ESTADO SOBRE SEUS RECURSOS NATURAIS

Nos anos cinquenta, sob pressão dos Estados recentemente independentes da África e da Ásia e dos países em desenvolvimento na América Latina, a ONU se debruçou sobre uma série de trabalhos relativos especialmente ao controle e ao acesso aos recursos naturais. Pretendia-se garantir o acesso aos recursos naturais visando a fortalecer a independência econômica desses “novos Estados”, assim como fortalecer a economia dos países em desenvolvimento cuja economia era essencialmente de base agrícola e exportação de matéria-prima. Assim, os países em desenvolvimento reclamavam o direito de desfrutar dos benefícios da exploração de seus recursos naturais.

Apesar da oposição dos países desenvolvidos, através uma proposta feita pelo Chile, a Assembleia Geral da ONU elabora em 1952 a Resolução 523 (VI), a qual declara que “*considerando que os países subdesenvolvidos têm o direito de determinar livremente o uso de seus recursos naturais e que eles devem utilizar seus recursos a fim de ficar em melhor posição, além da realização de seus planos econômicos de acordo com seus interesses nacionais e para a expansão da economia mundial.*”⁴ Esta Resolução propõe ainda que os membros da ONU deveriam assegurar que os acordos comerciais atinentes à exploração de matérias-primas nos países em desenvolvimento “*não deveriam conter nem condições econômicas nem sociais que violassem os direitos soberanos dos países em desenvolvimento, incluindo o direito de determinar seus próprios planos de desenvolvimento econômico.*”⁵

A Resolução 523 de 1952 vem a ser a primeira resolução da Assembleia Geral relativa à soberania do Estado sobre os recursos naturais. Desde a Resolução 523, a ONU reconheceu, reiterou e desenvolveu essa norma do direito internacional, a qual passou a ser conhecida como princípio da soberania permanente do Estado sobre os recursos naturais. Outras resoluções foram estabelecidas,

como, por exemplo, as Resoluções da Assembleia Geral nº626 (VII) de 21 de dezembro de 1952, nº1515 (XV) de 15 de dezembro de 1960 e a Resolução 1314 (XIII) de 12 de dezembro de 1958. E em 1962, no mesmo ano em que a Comissão publicou seu relatório, a Assembleia Geral da ONU criou a Resolução nº1803 (XVII) de 14 de dezembro de 1962 a qual definiu o conteúdo do princípio da soberania permanente. Esta resolução foi seguida por outras resoluções⁶ e, concomitantemente, a prática internacional tratou de incorporar essa nova regra inaugurada pelas Nações Unidas.⁷

Ao longo do tempo, pela reiteração da prática dos Estados e pela consolidação da *opinio iuris*, o princípio da soberania permanente do Estado sobre os recursos naturais passou a ser reconhecido como uma regra do direito costumeiro internacional. Conforme sublinhou o juiz A. G. Koroma da Corte Internacional de Justiça, não é sem importância que a Corte reconhece o caráter de *regra costumeira* da Resolução da Assembleia Geral 1803 (XVII) de 14 de dezembro de 1962 acerca da soberania permanente sobre recursos naturais.⁸

II. A SOBERANIA SOBRE RECURSOS NATURAIS VISANDO À AUTODETERMINAÇÃO DOS “POVOS E NAÇÕES”

Cumprе ressaltar que desde o reconhecimento do princípio da soberania permanente havia a intenção de garantir de forma *permanente* o exercício efetivo da soberania do Estado no domínio econômico, assegurando a independência econômica dos novos Estados e dos países em vias de desenvolvimento e respaldando, consequentemente, a independência política.⁹ Procurava-se dessa forma garantir que todos os Estados fossem igualmente soberanos sobre os recursos naturais presentes em seu território, assim como igualmente independentes econômica e politicamente. O objetivo primeiro na formulação do princípio da soberania permanente era, pois, de criar uma relação estreita com o *direito à autodeterminação dos povos*.

Dito direito à autodeterminação dos povos prescreve que os povos têm o direito de decidir livremente sobre suas questões internas e externas sem interferência estrangeira.¹⁰ Nesse sentido, a Resolução 1803 de 1962 estabelece a soberania permanente sobre recursos e riquezas naturais como elemento fundamental do direito dos povos e das nações à autodeterminação. Ou ainda, como reiterou M. Bedjaoui, o princípio da soberania permanente “*aparece incontestavelmente*

como um elemento componente do direito à autodeterminação.”¹¹

Dada a relação entre o princípio da soberania permanente e o direito dos povos à autodeterminação é fundamental observar que o direito à autodeterminação é um direito pertencente aos “povos e nações”, como bem destaca a Resolução 1803 de 1962. O Estado, enquanto sujeito de direito internacional, dispõe da soberania permanente dos recursos naturais para garantir o direito à autodeterminação do seu povo, da sua nação. Convém notar que essa ideia está inserida no próprio texto da Resolução 1803 que afirma que “o direito da soberania permanente dos povos e das nações sobre suas riquezas e recursos naturais deve ser exercido no interesse do desenvolvimento nacional e do bem-estar da população do Estado em questão.”¹² Desse modo, considerando que o exercício do princípio da soberania permanente deve ser exercido em favor do *desenvolvimento nacional* e do *bem-estar da população* é possível concluir que, apesar da noção de soberania permanente ser um atributo do Estado, “a soberania permanente sobre as riquezas e recursos naturais é fundamentalmente um direito do povo.”¹³

III. A SOBERANIA SOBRE OS RECURSOS NATURAIS: FUNDAMENTALMENTE UM DIREITO DO POVO

A Resolução 1803 de 1962, ao definir o conteúdo do princípio da soberania permanente, declara que o exercício deste princípio deve ter em vista o *bem-estar da população do Estado*.¹⁴ Anos depois, dois dos principais instrumentos relativos à proteção de direitos humanos, os Pactos internacionais de direitos humanos de 1966 – sobre direitos políticos e civis e sobre direitos econômicos, sociais e culturais – incorporam o princípio da soberania permanente sobre recursos naturais em seus textos. Ambos os pactos traziam desde os seus projetos até sua versão final, logo em seus artigos primeiros, a afirmação do princípio.¹⁵ Em seguida, a Carta africana de direitos humanos e direitos dos povos de 1981, adotada pela Organização da União Africana¹⁶, destacava dentre os seus direitos fundamentais o direito dos povos “à livre disposição de suas riquezas e de seus recursos naturais.”¹⁷

A Carta africana sublinhava que esse direito “se exerce no interesse exclusivo das populações.”¹⁸ Existem outros instrumentos de direitos humanos, particularmente sobre o direito dos povos indígenas, como a Convenção relativa aos indígenas e aos povos tribais nos países indepen-

des de 1989, em seu artigo 15¹⁹ e a Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas de 2007 (artigo 26).²⁰

Ademais, o aspecto associado ao direito humano ao meio-ambiente foi incorporado ao princípio da soberania permanente. A Convenção da ONU sobre Biodiversidade Biológica de 1992 reconhece o *direito soberano dos Estados sobre seus recursos naturais* e sua autoridade para determinar o acesso aos recursos naturais.²¹ Ao mesmo tempo, a Convenção trata da importância da *conservação e da utilização sustentável dos recursos naturais em benefício das gerações presentes e futuras*.²² Da mesma forma, outros textos importantes relativos à proteção do meio-ambiente, destacam a necessidade da conservação dos recursos naturais em benefício das gerações futuras e convidam os governos a elaborar políticas nesse sentido. Em outras palavras, esses textos incitam os Estados a exercerem sua soberania sobre seus recursos naturais em benefício do meio-ambiente, do desenvolvimento e das gerações futuras.²³

Desse modo, após analisar a evolução do direito internacional, de preocupação maior com o direito ao meio-ambiente e direitos humanos, deve-se considerar que a soberania permanente sobre recursos naturais gera deveres ao Estado com o seu povo,²⁴ como o *desenvolvimento nacional* e o *bem-estar da população*, conforme reza a Resolução 1803 de 1962. Nesse contexto, analisaremos a seguir o caso da hidrelétrica de Belo Monte sob a perspectiva do Direito Internacional.

IV. A EXPLORAÇÃO DE RECURSOS NATURAIS NO DIREITO INTERNACIONAL E O CASO DA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE

Analisaremos, neste momento, os fatos ocorridos sobre o caso da construção da hidrelétrica de Belo Monte. Primeiramente, da perspectiva do governo (a) e, em seguida, da perspectiva da população local (b).

a) A Hidrelétrica de Belo Monte, segundo o governo brasileiro

Em julho de 2005, o Congresso Nacional autoriza o Executivo a fazer o aproveitamento hidrelétrico de Belo Monte, onde há terras indígenas. O governo federal afirma que a “*usina hidrelétrica de Belo Monte é um projeto do planejamento energético brasileiro (...) em consonância com o compromisso nacional de assegurar o uso racional de*

recursos naturais, a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável."²⁵ Afirma-se que a obra pretende ampliar a oferta de eletricidade para alcançar as metas de crescimento anual de 5% do PIB nos próximos dez anos.²⁶ Considerando que um dos deveres do Estado no exercício da soberania permanente sobre seus recursos naturais é o *desenvolvimento nacional*, parece legítima a construção de uma usina hidrelétrica para a produção de energia em um país com uso racional de recursos naturais. Luis Inácio Lula da Silva, enquanto ainda presidente, em seu discurso em Altamira, em 22 de junho de 2010, defendeu que a construção da hidrelétrica incluiria projetos para melhoria de vida do povo ribeirão, dos índios e dos agricultores.²⁷ Entretanto, observa-se que o projeto de construção da hidrelétrica não parece se adequar ao uso racional de recursos naturais nem tampouco considera as sérias consequências socioambientais da sua instalação e futuro funcionamento. Primeiramente, o EIA-RIMA (Estudo do Impacto Ambiental), realizado para a construção da hidrelétrica, foi encomendado pelos próprios empreiteiros da obra. E mesmo esse estudo, sendo bastante tendencioso, como se critica, não deixa de constatar sérios impactos ambientais e sociológicos.²⁸ Por exemplo, o desvio de mais de 80% do fluxo do Rio Xingu que provocará um permanente período de seca alterando a navegabilidade do rio; a importante perda da fauna terrestre e aquática; as várias comunidades indígenas e os povos ribeirinhos que serão diretamente afetados, entre outros.²⁹ O EIA-RIMA foi entregue ao IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio-Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), o qual concedeu Licença Prévia para a construção da hidrelétrica em fevereiro de 2010.³⁰ e a Licença de Instalação para o início das obras em junho de 2011.³¹ Com esta licença, surgiram inúmeros protestos e manifestações contrárias, reivindicando a paralisação imediata da obra e pondo em evidência as sérias consequências ambientais e violações de direitos humanos.

Importa destacar que, em 1º de dezembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal (STF) publica um acórdão, por maioria dos votos, sobre a constitucionalidade do Decreto Legislativo do Congresso Nacional que autoriza a construção da hidrelétrica,³² tendo em vista que o §6º do artigo 231 da Constituição Federal do Brasil prescreve que são nulos e extintos os atos que tenham por objeto a posse de terras ou a exploração de riquezas naturais de terras indígenas.³³ O STF negou a inconstitucionalidade do ato, considerando a segunda parte

do dispositivo segundo o qual a posse de terras indígenas e a exploração de seus recursos naturais são permitidos se houver "*relevante interesse público da União*". Aqui percebemos, mais uma vez, a questão do exercício da soberania permanente sobre recursos naturais tendo em vista o "*desenvolvimento nacional*". No entanto, considerando os sérios impactos ambientais e as graves consequências causadas às comunidades locais, seria válido um *desenvolvimento nacional* a todo custo?

b) A Hidrelétrica de Belo Monte, segundo a população local

Em janeiro de 2012, menos de dois anos após a Licença de Instalação concedida pelo IBAMA, o Ministério Público Federal solicitou ao IBAMA e à Agência Nacional de Águas para que realizassem uma vistoria³⁴ no canteiro de construção da usina, após a denúncia por índios de que a obra da usina de Belo Monte está afetando a qualidade da água do rio Xingu. Atualmente, mais de dez ações públicas contra a autorização, o procedimento da concessão de licença ou sobre a constitucionalidade da construção da usina ou contra a continuidade das obras tramitaram ou ainda tramitam na Justiça. Mais de 20.000 famílias já foram deslocadas de suas moradias e os desastres socioambientais da obra não deixam de ser anunciados com frequência por movimentos sociais e ONGs reconhecidas, como a Greenpeace. Também, o Relator Especial das Nações Unidas sobre direitos dos povos indígenas, J. Anaya, em sua visita ao Brasil, constatou problemas enfrentados por mais de 10 grupos indígenas devido à construção da hidrelétrica.

Em 1º de abril de 2011, O Movimento Xingu Vivo para Sempre (MXVPS) requereu à Comissão de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) medida cautelar para a paralisação da obra da usina visando à prevenir as violações iminentes de direitos humanos. A medida cautelar foi outorgada e a CIDH pediu ao governo brasileiro que suspendesse imediatamente o processo de licenciamento do projeto da usina de Belo Monte, até que fossem observadas condições mínimas, dentre as quais a *consulta prévia, livre e informativa, de boa-fé* às comunidades indígenas.³⁵ Em 16 de junho de 2011, o Movimento Xingu entregou à CIDH uma petição inicial com as denúncias de violações de direitos humanos pelo Estado brasileiro na construção da usina hidrelétrica de Belo Monte. Finalmente, em 27 de outubro de 2011, a CIDH realizou audiência sobre as medidas cautelares que determinam a

suspensão da obra, porém o governo brasileiro se recusou a comparecer sem justificativa.

É interessante notar que até mesmo órgãos do próprio governo federal como o Conselho de Defesa dos Direitos Humanos (CDDPH), ligado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, já havia alertado para a violação de direitos humanos no contexto de construção de hidrelétricas. Em novembro de 2010, através da publicação de um relatório, o CDDPH concluiu pela violação de dezesseis direitos humanos das populações atingidas pela construção de hidrelétricas, dentre os quais direito à moradia adequada, direito à melhoria contínua das condições de vida, direito de proteção à família e a laços de solidariedade social ou comunitária, direito de ir e vir, direito à cultura, às práticas e aos modos de vida tradicionais, assim como ao acesso e à preservação de bens culturais, materiais e imateriais, direito de acesso à justiça e à razoável duração do processo judicial, direito à informação e à participação e direito a um ambiente saudável e à saúde.³⁶

Ademais, o Estado brasileiro é signatário de vários documentos internacionais relativos à proteção do meio-ambiente³⁷ assim como aqueles relativos à proteção dos direitos humanos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos e os Pactos Internacionais de 1966 relativos aos direitos políticos e civis e econômicos, sociais e culturais. No que diz respeito aos povos indígenas, parte da população mais afetada pela construção da hidrelétrica, o Brasil apresentou voto favorável à adoção da Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas de 2007³⁸ e ratificou a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata especificamente do direito dos povos indígenas. Cabe destacar que as comunidades indígenas possuem uma relação especial – espiritual e material - com a terra e os recursos naturais nela existentes. Essa relação está incorporada em suas tradições, em sua cultura e religião, assim como a utilização de seus recursos naturais faz parte de sua subsistência e seu modo de vida, tal como já foi reconhecido e sublinhado por diversos textos internacionais e decisões de cortes internacionais.³⁹

É fundamental lembrar que, segundo o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, o Estado, no exercício da sua soberania permanente, deve zelar pelo *bem-estar do seu povo* no contexto de exploração de riquezas e recursos naturais. No entanto, se, por um lado, o governo federal afirma que a construção da hidrelétrica de Belo Monte contribuirá para o desenvolvimento econômico do país, por outro lado se observam ir-

reversíveis danos ambientais, dezenas de milhares de deslocamentos familiares e sérias violações de direitos humanos, o que não parece proporcionar o bem-estar de sua população a curto nem a longo prazo. Desse modo, é possível observar a violação do princípio da soberania permanente sobre recursos naturais, assim como de outras normas do Direito Internacional.

V. A HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE E A VIOLAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL

Considerando o princípio da soberania permanente do Estado sobre seus recursos naturais, o Estado deve exercer sua soberania em favor do *desenvolvimento nacional* e do *bem-estar de sua população*.⁴⁰ Quanto ao desenvolvimento nacional, deve-se mencionar que o conceito atual de “desenvolvimento” é visto como parte do direito humano ao desenvolvimento. E o direito ao desenvolvimento, por sua vez, “*deve ser cumprido de forma a unir igualmente as necessidades de desenvolvimento e de meio-ambiente das gerações presentes e futuras.*”⁴¹ Assim, pretender o desenvolvimento nacional consentindo a degradação da biodiversidade e das riquezas e recursos naturais e prejudicando as necessidades das gerações presentes e futuras, não parece ser a melhor opção de acordo com as regras internacionais adotadas pelo Brasil. Tampouco esse parece ser o melhor caminho de almejar a realização do direito humano ao desenvolvimento: causando violações graves aos demais direitos humanos.

É importante observar que a degradação do meio-ambiente e a violação de direitos humanos das comunidades locais e indígenas não contribuem para a promoção do desenvolvimento do resto da população do país. O deslocamento de mais de 20.000 famílias pode resultar igualmente em milhares de pessoas desabrigadas, na elevação do número de desemprego e subemprego e aumento da pobreza nacional. Como consequência, isso não contribuiria para o bem-estar da população, mas, ao contrário, resultaria na violação de direitos fundamentais, inclusive do direito à vida, como afirmou o juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, R. Fogel em sua decisão dissidente no caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai (2006): “*In my opinion the evolutionary interpretation of the right to life embodied in the American Convention must take into account the socio-economic situation of Paraguay and of most Latin American countries, where extreme poverty has increased in absolute and relative terms des-*

*pite implementation of social protection policies. Interpretation of the right to life involves not only compliance, by the State, with social protection measures that temporarily ensure minimum living conditions, but also addressing the causes that generate poverty, reproduce its conditions, and create additional poor population (...)*⁴²

Quanto aos povos indígenas, convém mencionar que a Declaração da ONU sobre os povos indígenas de 2007 recomenda que “[o]s povos indígenas não devem ser removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum deslocamento deve ser feito sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas” e “os povos indígenas têm o direito de participar no processo decisório em questões que afetam seus direitos”.⁴³ A Convenção n° 169 da OIT, no mesmo sentido, sustenta a necessidade de consultar os povos para a exploração de recursos pertencentes às suas terras.⁴⁴ Além disso, a Declaração do Rio de 1992 afirma que os povos indígenas e as comunidades locais têm um papel essencial na gestão do meio-ambiente e no desenvolvimento, e que o Estado deveria reconhecer suas identidades e velar para que participassem efetivamente na realização do desenvolvimento sustentável.⁴⁵ E é nesse sentido que a jurisprudência nacional e internacional se tem consolidado.⁴⁶

Embora esses textos não tenham força coercitiva, o Brasil, enquanto signatário, deveria considerar essas recomendações. A consulta, o consentimento livre, prévio e informado, além da participação nas políticas decisórias de terras ocupadas pelas comunidades indígenas deveriam ter

sido condições observadas pelo Congresso Nacional para autorizar a construção da hidrelétrica. Do mesmo modo, essas condições deveriam ter sido consideradas pelo STF no julgamento da constitucionalidade do ato do Congresso, tendo em vista o conteúdo dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal em concomitância com a interpretação da Carta Maior em sua totalidade, a qual privilegia claramente a proteção dos direitos humanos.⁴⁷ O Supremo Tribunal deveria ter considerado o artigo 5º §2 da Constituição Federal⁴⁸ e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, assim como o exercício da soberania permanente sobre recursos naturais, cujo exercício deve ser no interesse do desenvolvimento nacional e do bem-estar da sua população.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Nos dias de hoje, um caso como o da Hidrelétrica de Belo Monte não deve ser observado apenas da perspectiva da ordem jurídica nacional. O Estado continua sendo o soberano (permanente) sobre seus recursos naturais, mas essa soberania deve ser exercida em benefício de seu povo: de seu desenvolvimento nacional e bem-estar. Normas internacionais de direito ao meio-ambiente e de direitos humanos comprometem o Estado a respeitar os direitos humanos e a aplicar princípios relativos ao desenvolvimento sustentável.

Nesse contexto, é um grande pesar que em uma Conferência promovida pelas Nações Unidas, questões como essa não tenham sido evocadas. Esperamos somente, que outras oportunidades não sejam também perdidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras

SALMON, J. *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelas, 2001, 1240 p.

SCHRIJVER, N. *Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties*, Cambridge University Press, 1997, 484 p.

Artigos e contribuições

ABI-SAAB, G., “La souveraineté permanente sur les ressources naturelles”, in M. Bedjaoui. *Droit international : bilan et perspectives*, Pedone, Paris, 1991, pp. 638-661.

BEDJAOU, M., “Succession d’Etats dans les Etats nouveaux”, *Recueil de Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1970, pp. 454-585.

CANÇADO TRINDADE, A.A., “International Law for Humankind : towards a new *jus gentium* (I)”, *Recueil de cours de l’Académie internationale du droit international*, vol. 317, 2006, pp. 13 -439.

FISCHER, G., “La souveraineté sur les ressources naturelles”, *Annuaire français de droit international*, vol. 8, 1962, pp. 516-528.

GINGRAS, D., “L’autodétermination des peuples comme principe juridique”, *Revue Laval théologique et philosophique*, vol. 53, n° 2, 1997 pp. 365-375, versão digital [<http://www.erudit.org/revue/ltp/1997/v53/n2/401080ar.pdf>].

PINTO, A.G.G., “Belo Monte: O Brasil está patrocinando o maior desastre socioambiental do Planeta”, publicado pelo EcoDebate em 7 de dezembro de 2011, versão digital [<http://www.ecodebate.com.br/2011/12/07/belo-monte-o-brasil-esta-patrocinando-o-maior-desastre-socioambiental-do-planeta-artigo-de-antonio-germano-gomes-pinto>].

YOUSFI, M., “Le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles et la lutte des pays en développement pour contrôler les activités économiques menées sur leur territoire”, *Revue Algérienne des Sciences juridiques, économiques et politiques*, vol. 22, n° 2, junho 1987, pp. 313-333.

Trabalhos acadêmicos

HOFBAUER, J.A. *The Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources and its modern implications*, LL.M. Master Degree The-

sis, Faculty of Law of the University of Iceland, August 2009, 109 p.

Documentos oficiais

ANAYA, J. (Relator Especial). Rapport sur la situation des droits de l’homme des populations autochtones au Brésil, Conseil des Droits de l’homme, 2e session, UN. Doc. [A/HRC/12/34/Add.2], 26 agosto 2009.

Relatório final da Comissão Especial “Atingidos por Barragens” – Resoluções nº 26/06, 31/06, 01/07, 02/07, 05/07, Brasília-DF, 22 de novembro de 2011, versão online [http://portal.mj.gov.br/sedh/cddph/relatorios/relatoriofinalaprovaadoemplenario_22_11_10.pdf].

IBAMA, Licença de Instalação nº 795/2011 de 1 de junho de 2011, versão online [<http://nortee-energiasa.com.br/wp-content/uploads/2011/07/Licenca-de-Instalacao.pdf>].

Relatório publicado pelo Ministério de Minas e Energia sobre o Projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte- fatos e dados, fevereiro de 2011, p. 1, encontrado na versão online [http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/belo-monte/BELO_MONTE_-_Fatos_e_Dados.pdf].

Discurso do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, no Ato por Belo Monte e pelo desenvolvimento da região do Xingu, Altamira – PA, 22 de junho de 2010, fonte: Fonte International Rivers, versão online [<http://www.internationalrivers.org/am%C3%A9rica-latina/os-rios-da-amaz%C3%B4nia/rio-xingu-brasil/belo-monte-dam/discurso-do-pres-lula-no-ato-por->].

Relatório sobre Belo Monte elaborado pelo “Experts Panel Assesses Belo Monte Dam Viability”, outubro de 2009, versão online [http://www.internationalrivers.org/files/EXEC%20SUMMARY%20ENGLISH_0.pdf].

Relatório do Comitê Brasileiro de Barragens, *AHE Belo Monte –evolução dos estudos*, XXVII Seminário Nacional de Grandes Barragens, Belém-Pará, 3 ao 7 de junho de 2007.

Resolução da Assembleia Geral da Nações Unidas nº 523 (VI) de 12 de janeiro de 1952.

Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº 2158 (XXI) de 25 de novembro de 1966.

Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº 3281 (XXIX) de 12 de dezembro de 1974.

Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº 61/295 de 13 de dezembro de 2007- Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas.

Relatório do Relator Especial sobre a situação de direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, James Anaya, Human Rights Council, 12th Session, UN. Doc [A HRC/12/34/Add.2], 26 de agosto de 2009.

Relatório sobre o Brasil (country mission) do Relator Especial sobre a situação de direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, de James Anaya, publicado em 26 de agosto de 2009, UN. Doc [A HRC/12/34/Add.2].

Relatório da Sub-comissão sobre a Prevenção de Discriminações e Proteção de Minorias, "Standard-setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous Peoples", Working Paper on the concept of 'indigenous people' by Chairperson-Rapporteur Erica-Irene A. Daes, June 10, 1996, UN Doc. [E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2].

Relatório Brundland elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento (World Commission on Environment and Development Brundtland Commission) criada pelas Nações Unidas de 1983 a 1987.

Jurisprudência:

Corte internacional de Justiça

CIJ, *Conflitos Armados* (República Democrática do Congo contra Uganda), CIJ Recueil 1996.

CIJ, *Timor Oriental* (Portugal contra Austrália), CIJ Recueil 1995.

CIJ, *Certas terras à fosfatos em Nauru* (Nauru contra Austrália), CIJ Recueil 1992.

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Mayagna (Sumo) - Awas Tingni Community v. Nicaragua*, judgement (merits, reparations

and costs), Série nº 79, 31 de agosto de 2001, [<http://www.corteidh.or.cr>].

Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Comunidade Indígena Yakye Axa contra Paraguai*, judgement (merits, reparations and costs), Série C nº 125, 17 de junho de 2005, [<http://www.corteidh.or.cr>].

Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Sawhoyamaya Indigenous Community vs. Paraguay*, judgment (merits, reparations and costs), Serie C nº 146, 29 de março de 2006, [<http://www.corteidh.or.cr>].

Juiz R. Fogel, Opinião parcialmente concorrente e parcialmente dissidente, Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Sawhoyamaya Indigenous Community vs. Paraguay*, judgment (merits, reparations and costs), 29 de março de 2006, Serie C nº 146, [<http://www.corteidh.or.cr>].

Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Indigenous People Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, Resolução do Presidente da Corte, 17 de junho 2011, [<http://www.corteidh.or.cr>].

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Comissão Internacional de Direitos Humanos, Medida Cautelar 382/2010, de 1º de abril de 2011.

Comissão Africana de Direitos Humanos, caso *Bakweri Land Claims Committee contra Camarões*, 2007.

Sentenças arbitrais

Caso *Texaco Calasiatic* contra o governo da Líbia, sentença arbitral do 19 de janeiro de 1977.

Decisões nacionais

Supremo Tribunal Federal (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.573-8 – Distrito Federal, STF, Tribunal Pleno, 1/12/2005.

NOTAS

1. Este também é conceito de “sustentabilidade” em Direito Ambiental Internacional.
2. O eixo do barramento formará o reservatório do Xingu com área de 386 Km² a cerca de 40 Km da cidade de Altamira – PA. Do reservatório do Xingu as vazões naturais serão desviadas, formando o Reservatório Intermediário com área de 130Km². Os reservatórios a serem formados pelo empreendimento afetarão os municípios de Vitória do Xingu, Altamira e Brasil Novo. Fonte: IBAMA, Licença de Instalação nº 795/2011 de 1 de junho de 2011, versão online [<http://norteenergiasa.com.br/wp-content/uploads/2011/07/Licenca-de-Instalacao.pdf>].
3. A exemplo da hidroelétrica de Tucuruí no Rio Tocantins, da hidroelétrica de Itaipu no Rio Paraguai, entre outros.
4. Resolução da Assembleia Geral da ONU nº 523 (VI) de 12 de janeiro de 1952, preâmbulo: “Considering that the under-developed countries have the right to determine freely the use of their natural resources and that they must utilize such resources in order to be in a better position to further the realization of their plans of economic development in accordance with their national interests, and to further the expansion of the world economy”.
5. Resolução da Assembleia Geral da ONU nº 523 (VI) de 12 de janeiro de 1952, §1.
6. Como a Resolução 2158 (XXI) do 25 de novembro de 1966, a Resolução 3281 (XXIX) do 12 de dezembro de 1974 pela qual a Carta de direitos econômicos e deveres dos Estados foi adotada. Ademais, o princípio foi reiterado por outros documentos internacionais como a Convenção de Viena sobre as Sucessões de Estados em matéria de tratados de 1978 (artigo 13), a Carta Africana de direitos humanos e direitos dos povos de 1981 (artigo 21), Convenção da ONU sobre a Biodiversidade Biológica de 1992 (preâmbulo).
7. O direito de soberania permanente sobre os recursos naturais foi evocado em litígio arbitral, como no caso *Texaco Calasiatic contra o governo da Líbia*, sentença arbitral do 19 de janeiro de 1977. Também em instâncias judiciais internacionais, como a Corte Internacional de Justiça, a Corte Interamericana de direitos humanos e a Comissão africana de direitos humanos (CIJ, *Timor Oriental* (Portugal contra Austrália), CIJ Recueil 1995; CIJ, *Certas terras a fosfatos em Nauru* (Nauru contra Austrália), CIJ Recueil 1992; Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Mayagna (Sumo) - Awas Tingni Community contra Nicarágua*, sentença do 31 de agosto de 2001; Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Comunidade Indígena Yakye Axa contra Paraguai*, 17 de junho de 2005; Comissão Africana de Direitos Humanos, caso *Bakweri Land Claims Committee contra Camarões*, 2007).
8. Assim como reconheceu a Corte Internacional de Justiça na Declaração do juiz A.G.Koroma no caso *Conflitos Armados* (República Democrática do Congo contra Uganda): “The Court’s acknowledgment of the customary law character of General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, on permanent sovereignty over natural resources is not without significance (...)it should be recalled, confirmed the “right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources. It makes clear that such resources should be exploited “in the interest of . . . the well-being of the people of the State concerned” (CIJ, *Conflitos Armados* (República Democrática do Congo contra Uganda), CIJ Recueil 1996, § 11).
9. G. Abi-saab, “La souveraineté permanente sur les ressources naturelles”, in M. Bedjaoui. *Droit international: bilan et perspectives*, Pedone, Paris, 1991, pp. 638-661.
10. J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelas, 2001, pp. 379-380.
11. “[l]a souveraineté sur les ressources naturelles apparaît incontestablement comme un élément composant du droit à l’autodétermination” M. Bedjaoui, “Succession d’Etats dans les Etats nouveaux”, in *Recueil de Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1970, p. 493.
12. Tradução livre pelo autor. Versão original: “[t]he right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people o the State concerned” Resolução da Assembleia Geral da ONU nº 1803 (XVII) de 14 de dezembro de 1962,§1.
13. Tradução livre pelo autor. Versão original: “la souveraineté permanente sur les richesses et ressources naturelles est fondamentalement un droit du peuple”, G. Abi-Saab, «La souveraineté

- permanente sur les ressources naturelles», in M. Bedjaoui. *Droit international: bilan et perspectives*, Pedone, Paris, 1991, p. 646.
14. Resolução da Assembleia Geral da ONU nº 1803 (XVII) de 14 de dezembro de 1962, §1.
 15. “[t]odos os povos podem, para os seus próprios fins, dispor de suas riquezas e recursos naturais, sem prejuízo de quaisquer obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do benefício mútuo e no direito internacional. Em nenhum caso um povo poderá ser privado de seus próprios meios de subsistência”, Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos adotado pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 2200A (XXI) do 16 de dezembro de 1966, artigo 1, § 2. Igualmente, esse dispositivo está presente no artigo 1, §2 do Pacto Internacional relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais adotado pela mesma resolução da Assembleia Geral.
 16. A Carta Africana de direitos humanos e direitos dos povos foi adotada na 18ª Conferência da Organização da União Africana em 27 de junho de 1981.
 17. Artigo 21, § 1.
 18. Artigo 21, § 1.
 19. Convenção adotada na 76ª Conferência da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 26 de junho de 1989 (OIT nº 169).
 20. Adotada pela Resolução nº 61/295 pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2007.
 21. Artigo 15, § 1.
 22. Preâmbulo.
 23. Na Agenda 21 adotada na Conferência de Estocolmo em 1972 já se mencionava sobre a necessidade de *conservar os recursos naturais em benefício das gerações futuras* (princípio 2). No mesmo sentido, a Declaração do Rio sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento de 1992 convida os governos para elaborar políticas que integrem a utilização de recursos naturais com as questões ambientais, sociais e econômicas (*Overview of Agenda 21*, § 10).
 24. Ver N. Schrijver. *Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties*, Cambridge University Press, 1997, 484 p.
 25. Relatório publicado pelo Ministério de Minas e Energia sobre o Projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte- fatos e dados, fevereiro de 2011, p. 1, encontrado na versão digital [http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/belomonte/BELO_MONTE_-_Fatos_e_Dados.pdf]. A Eletrobrás, empresa do governo federal responsável pela produção de energia elétrica do país, elaborou um relatório sobre o aproveitamento hidrelétrico de Belo Monte em que defende que Belo Monte “*apresenta-se como uma importante opção de expansão da hidroeletricidade tendo em vista o seu porte e as características do aproveitamento, que resultam em baixo custo da energia produzida. Sua localização o qualifica como desencadeador do desenvolvimento regional, tanto pelos aspectos inerentes à sua implantação, quanto pela sinergia com outras ações de desenvolvimento (...)*” AHE Belo Monte – *evolução dos estudos*, Comitê Brasileiro de Barragens, XXVII Seminário Nacional de Grandes Barragens, Belém-Pará, 3 ao 7 de junho de 2007, p. 2.
 26. Fonte: [http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/belomonte/BELO_MONTE_-_Perguntas_mais_Frequentes.pdf]
 27. Fonte International Rivers, versão digital [<http://www.internationalrivers.org/am%C3%A9rica-latina/os-rios-da-amaz%C3%B4nia/rio-xingu-brasil/belo-monte-dam/discurso-do-pres-lula-no-ato-por->].
 28. Ver artigo A.G.G.Pinto, “*Belo Monte: O Brasil está patrocinando o maior desastre socioambiental do Planeta*”, publicado pelo Ecodebate em 7 de dezembro de 2011, versão online [<http://www.ecodebate.com.br/2011/12/07/belo-monte-o-brasil-esta-patrocinando-o-maior-desastre-socioambiental-do-planeta-artigo-de-antonio-germano-gomes-pinto>].
 29. Como critica o relatório elaborado pelo “Experts Panel Assesses Belo Monte Dam Viability” em outubro de 2009, formado por pesquisadores voluntários a pedido de movimentos sociais da região de Altamira (Pará) com o apoio de organizações não governamentais como a Fundação Viver, Produzir e Preservar de Altamira WWF Brasil, Instituto Sócio Ambiental, International Rivers, FASE e a Rede de Justiça Ambiental. O relatório pode ser encontrado na versão digital [http://www.internationalrivers.org/files/EXEC%20SUMMARY%20ENGLISH_0.pdf].
 30. Licença Prévia nº 342/2010. A Licença prévia não autoriza a instalação do projeto e sim aprova sua viabilidade ambiental, autoriza sua localização e concepção tecnológica (Fonte : <http://www.ibama.gov.br>)
 31. IBAMA, Licença de Instalação nº 795/2011 de 1 de junho de 2011, versão online [[274](http://norte-

</div>
<div data-bbox=)

- energiasa.com.br/wp-content/uploads/2011/07/Licenca-de-Instalacao.pdf*. A Licença de Instalação autoriza o início da obra ou instalação do empreendimento.
32. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.573-8 – Distrito Federal, STF, Tribunal Pleno, 1/12/2005.
 33. Artigo 231, §6: “[s]ão nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (...)”.
 34. ANAYA, J. (Relator Especial). Rapport sur la situation des droits de l’homme des populations autochtones au Brésil, Conseil des Droits de l’homme, 2e session, UN. Doc. [A/HRC/12/34/Add.2], 26 agosto 2009, parágrafo 57.
 35. CIDH, Medida Cautelar 382/2010, de 1 de abril de 2011.
 36. Relatório final da Comissão Especial “Atingidos por Barragens” – Resoluções nº 26/06, 31/06, 01/07, 02/07, 05/07, Brasília –DF, 22 de novembro de 2011, versão digital [http://portal.mj.gov.br/sedh/cddph/relatorios/relatoriofinalaprovaadoemplenario_22_11_10.pdf].
 37. Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992, Declaração do Rio sobre o Meio-Ambiente e Desenvolvimento – princípios de gestão de florestas de 1992, Convenção RAMSAR de 1971.
 38. Resolução da Assembleia Geral da ONU nº61/295 de 13 de setembro de 2007.
 39. Consultar, por exemplo: Sub-Commission on Prevention of Discriminations and Protection of Minorities: “Standard-setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous Peoples”, Working Paper on the concept of ‘indigenous people’ by Chairperson-Rapporteur Erica-Irene A. Daes, June 10, 1996, UN Doc. [E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2]; Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Mayagna (Sumo) - Awas Tingni Community contra Nicaragua, decisão do 31 de Agosto de 2001; Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Comunidade Indígena Yakye Axa x Paraguay, decisão do 17 de junho de 2005.
 40. Resolução da Assembleia Geral da ONU nº 1803 (XVII) de 14 de dezembro de 1962, §1.
 41. Princípio 3 da Declaração do Rio sobre o Meio-Ambiente e Desenvolvimento – princípios de gestão de florestas de 1992. Tradução livre pelo autor. Versão original “[t]he right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations.” Essa é igualmente a noção de “desenvolvimento sustentável” definida no Relatório Brundland elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento (World Commission on Environment and Development Brundtland Commission), criada pelas Nações Unidas de 1983 a 1987: “Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”.
 42. Juiz R. Fogel, Opinião parcialmente concorrente e parcialmente dissidente, Cour Interaméricaine des droits de l’homme, Affaire Sawhoyamaya Indigenous Community vs. Paraguay, judgment (merits, reparation and costs), 29 mars 2006, Serie C n. 146, [<http://www.corteidh.or.cr>], parágrafo 3.
 43. Artigo 10 “Indigenous peoples shall not be forcibly removed from their lands or territories. No relocation shall take place without the free, prior and informed consent of the indigenous peoples (...)” e artigo 18 “[I]ndigenous peoples have the right to participate in decision-making in matters which affect their rights (...)” . A questão da necessidade do “consentimento livre, prioritário e informado” é reiterada no artigos 11 §2; 28 §1; 29, §1; 32 §2;
 44. Artigo 15 §2.
 45. Princípio 22, Declaração do Rio de 1992.
 46. Como exemplo da Corte Constitucional Colombiana decidiu sobre o caso das comunidades indígenas que estava sendo afetadas pela construção da hidrelétrica de Urrá que a expedição de uma licença ambiental para construção do projeto sem a consulta prévia dos povos indígenas violava o direito fundamental de sobrevivência desses povos e que era dever do Estado proteger a identidade e integridade étnica, cultural, social e econômica das comunidades ali existentes (Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-652 de 1998). Ainda, houve outras decisões da Corte Constitucional que seguem a mesma orientação reconhecendo a violação de direitos fundamentais das comunidades indígenas ou locais pela exploração de recursos naturais, a exemplo da Sentença T-880 de 2006 sobre a extração de petróleo e Sentença T-769 de 2009. Da mesma forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos sentenciou nos casos Comunidade indígena Yakie Axa vs. Paraguay (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Comunidade Indígena Yakie Axa contra Paraguai, judgement

(merits, reparations and costs), Série C n° 125, 17 de junho de 2005), Comunidade indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Sawhoyamaxa Indigenous Community vs. Paraguay*, judgment (merits, reparation and costs), Serie C n° 146, 29 de março de 2006) e mais recentemente, o caso Comunidade indígena Sarayaku vs. Equador (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Indigenous People Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, Resolução do Presidente da Corte, 17 de junho 2011).

47. Ver artigo 1, inciso 3; artigo 3, incisos 3 e 4; artigo 4, inciso 2; artigo 5; artigo 7; arti-

go 109, inciso 5 e §5. Ver também o relatório sobre o Brasil, de James Anaya, Relator Especial sobre a situação de direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, publicado em 26 de agosto de 2009, UN.Doc [A HRC/12/34/Add.2].

48. Artigo 5 § 2: “[o]s 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”.

“IGUAIS MAS DIFERENTES”: A BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DE IGUALDADE REAL PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA



Liliana Lyra Jubilut

Doutora e Mestre em Direito Internacional pela USP; LL.M. em *International Legal Studies* pela NYU School of Law; *Visiting Scholar* na Columbia Law School no Spring Semester de 2012; Professora e pesquisadora da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

The worst form of inequality is to try to make unequal things equal.
Citação atribuída a Aristóteles

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos apresentam caráter condicionado uma vez que intrinsecamente relacionados às aspirações morais e sociais de um determinado contexto histórico¹. Apesar de protegerem a característica unificadora dos seres humanos – a dignidade humana – estão em constante processo evolutivo, pois cada transformação de reivindicações morais de proteção à dignidade humana em obrigações jurídicas enseja um novo ponto de partida para novas conquistas.

Os direitos humanos têm, também, um caráter agregador, no sentido de incorporar novos sujeitos – por meio do processo de especificação de sujeitos²– e temáticas ao longo de seu desenvolvimento a fim de propiciar a maior (e melhor) proteção aos seres humanos. Esta característica é verificada em seu processo evolutivo tanto no que diz respeito à sua abrangência e normatividade – passando-se da proteção interna à internacional³, tanto no aspecto regional quanto global – e aos direitos protegidos – agregando-se aos direitos civis e políticos (1^a dimensão) os direitos econômicos, sociais e culturais (2^a dimensão) e de titularidade coletiva (3^a dimensão).

Dentro de cada dimensão protetiva também se verifica uma evolução temática. No caso exemplificativo dos direitos sociais, tem-se que de início as preocupações básicas se relacionavam aos temas de moradia, educação, saúde, trabalho e seguridade social. Ao passo que mais recentemente vem ga-

nhando força a questão do direito à acessibilidade, no sentido de eliminação de obstáculos e barreiras.⁴

O direito à acessibilidade encontra-se ainda nos estágios iniciais de sua implementação, mas resgata debates relevantes sobre um dos pilares sobre os quais o edifício dos direitos humanos se construiu (e se constrói): a igualdade⁵.

A temática da igualdade aparece e é reconstruída constantemente no processo evolutivo dos direitos humanos e no que tange à proteção de sujeitos específicos acabou por inspirar a fórmula dos “diferentes mas iguais”, no sentido de permitir acesso equitativo entre todos apesar de suas diferenças intrínsecas. Tal fórmula parece, contudo, apesar de possibilitar a proteção inicial, não propiciar a proteção mais ampla almejada pela teoria de direitos humanos em alguns casos particulares, como o das pessoas com deficiência. Assim, se propõe que a tal fórmula se some a noção de “iguais mas diferentes”, almejando, sempre, a maior proteção possível.⁶

A fim de expor tal sugestão o presente artigo está dividido em três partes. A parte inicial fará um resumo do tratamento dos direitos das pessoas com deficiência e sua evolução. Em seguida, será abordada a questão da igualdade em sua relação com o avanço dos direitos humanos, para ao final analisar como a evolução do princípio da igualdade se relaciona aos direitos das pessoas com deficiência e como tal relacionamento pode auxiliar em mais uma reconstrução do ideal de igualdade, propiciando um sistema mais protetivo.

1. A PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

1.1. As dificuldades na construção da proteção das pessoas com deficiência

A proteção efetiva das pessoas com deficiência insere-se contemporaneamente na esfera das questões de direitos humanos e de direitos das minorias. Isto porque, ao lado das minorias tradicionais (como as étnicas, linguísticas e religiosas), os grupos vulneráveis – que são aqueles grupos de pessoas contra os quais se verifica exclusão ou subjugação em termos de poder, compõem a noção mais ampla de minorias atualmente⁷ mas não se deixa de tratar também da proteção dos reflexos jurídicos da dignidade humana presente em cada ser humano.

Esta inclusão pode condicionar as abordagens e estratégias de proteção às pessoas com deficiência e, parece, que somente com a combinação de elementos de Direito das Minorias e de Direitos Humanos é que se ensejará a proteção integral, o que em si pode trazer dificuldades em face da necessidade de cooperação entre esses dois ramos do Direito.

Para além disso, nota-se que a proteção efetiva das pessoas com deficiência é, ademais, tema complexo, não somente em função das particularidades e peculiaridades dos seres humanos que compõem esse grupo vulnerável e que são bastante diferentes⁸ entre si e que ensejam necessidades diferentes⁹ ou a “diversidade dentro da diversidade”¹⁰ mas também em função das diferentes áreas do saber que precisam estar em sintonia para que todos os aspectos da vida destas pessoas sejam considerados quando da proteção.

Verifica-se, assim, que o tema exige tratamento multidisciplinar¹¹ o que traz em si desafios. Isto porque não se trata apenas de áreas de saber complementares como é o caso do Direito, da Psicologia e da Sociologia de um lado, ou da Medicina e Fisioterapia de outro, ou ainda da Engenharia, Tecnologia e Arquitetura de outro; mas sim de campos do saber aparentemente distantes entre si que precisam conversar. Ou seja não são apenas disciplinas nas áreas de Humanas, Saúde ou Exatas (na divisão tradicional) que precisam colaborar entre si, mas sim apenas a combinação de todas é que permitirá a maior e mais completa proteção.

Tal fato traz desafios importantes, visto que cada área do saber traz seus paradigmas, seus conceitos e suas abordagens, que, muitas vezes,

podem levar a propostas e a caminhos de ação diferentes se analisados individualmente.

Por exemplo, em tema que demanda a aproximação do Direito e da Psiquiatria, como a proteção a pessoas com doença mental em questões criminais, verifica-se que a própria definição da existência de uma doença mental pode ser problemática em termos conceituais já que

From a psychiatric perspective, the inclusion of such adjectives comes after the determination that the disease exists; the adjective serves to qualify it. On the other hand, for a person outside the medical profession, the inclusion of the words mild or severe may be the decisive factor in the perception of the existence of the disease itself and not merely a qualifying factor. Such modifiers have also led to the perception that mild diminished capacity may still be enough mental capacity.¹²

Isto também ocorreria em relação à possibilidade de aplicação de pena de morte às pessoas com doença mental, já que

It is said that in cases of “development disorders,” the disease has no cure; in contrast, a “process disorder” can be controlled (rather than cured) via the administration of medicines. This is significant because it may lead to the anti-human rights position that, if the aim of the criminal system is rehabilitation, then it is acceptable to execute people suffering from development disorders because they cannot be rehabilitated.¹³

Assim, é imprescindível coadunar os diferentes conceitos, o que apesar de não ser fácil, não é impossível, se todas as áreas do saber estiverem dispostas a dialogar efetivamente umas com as outras.

Contudo, deve-se ainda ir além e propugnar pelo estabelecimento de um procedimento hermenêutico específico que permita que se estabeleçam critérios para a análise e a interpretação conceitual a fim de que se tenha uma abordagem holística e integrada.

Parece que a abordagem de direitos humanos, que vem sendo utilizada para a proteção das pessoas com deficiência sobretudo após a década de 1990¹⁴ e com destaque a partir dos anos 2000,¹⁵ e que apregoa que se apliquem os padrões mais protetivos possíveis e que mais bem garantam o respeito à dignidade humana, deve ser a utilizada,¹⁶ já que se trata aqui de proteger seres humanos e de garantir a possibilidade total de efetivação de seus direitos.

Ligada à questão da multidisciplinariedade e também da variedade das pessoas que compõem o grupo vulnerável das pessoas com deficiência, encontra-se a problemática de se definir o que é deficiência.¹⁷ Verifica-se que o conceito de deficiência é construído histórica e socialmente¹⁸ variando, assim, no tempo e no espaço. Contudo, nota-se que durante a maior parte da história da humanidade a ideia de deficiência significava estigmatização e a possibilidade de exclusão.¹⁹

Em face disso, buscou-se apontar um conceito de deficiência que fosse mais objetivo e técnico; contudo ainda existe uma vasta gama de conceitos de deficiência.²⁰ Apesar disso pode-se entender que como “[r]egra geral, deficiência pressupõe a existência de variações de algumas habilidades que seja qualificada como restrições ou lesões.”²¹

Tal definição pode servir como ponto de partida, mas não resolve completamente o problema terminológico, uma vez que

[...] inexistente, no entanto, é um consenso sobre quais variações de habilidades e funcionalidades caracterizam deficiências. Há pessoas com lesões que não experimentam deficiências, assim como existem pessoas com expectativa de lesões que se considerem deficientes. Traçar a fronteira conceitual entre essas diversas expressões da diversidade humana é um exercício intelectual na fronteira de diferentes saberes, em especial entre o conhecimento médico e as ciências sociais.²²

E que, além disso, existem controvérsias se a deficiência implica em uma situação permanente ou de longa duração²³ ou se pode ser temporária,²⁴ o que dificulta ainda mais a definição.²⁵

É preciso, assim, encontrar solução multidisciplinar que permita definir deficiência de modo objetivo e inclusivo. Uma tentativa neste sentido partiu da Organização Mundial da Saúde que estabelece que

Disabilities is an umbrella term, covering impairments, activity limitations, and participation restrictions. An impairment is a problem in body function or structure; an activity limitation is a difficulty encountered by an individual in executing a task or action; while a participation restriction is a problem experienced by an individual in involvement in life situations

*Thus disability is a complex phenomenon, reflecting an interaction between features of a person's body and features of the society in which he or she lives.*²⁶

Há um quarto aspecto problemático para a proteção das pessoas com deficiência, também relacionado com o ponto de vista terminológico: como denominar as pessoas com deficiência?

Existem expressões que pretendem ser mais adequadas do ponto de vista de uma abordagem de direitos humanos, mas que não passam por um crivo mais detalhado e por isso têm perdido espaço. Entre elas tem-se: (i) deficiente, (ii) pessoa portadora de deficiência, e (iii) pessoa com necessidades especiais.

A terminologia “deficiente” parece focar a existência da deficiência e não a pessoa; deslocando, assim, o foco tradicional dos direitos humanos de proteção ao indivíduo. Soma-se a isso a dificuldade em se definir deficiência, bem como a remissão (ainda que inconsciente) a algo que está em déficit, ou seja, algo que está em condição de inferioridade, o que pode levar a estigmatização e não pode coexistir com a busca de igualdade real para todos os seres humanos.

Já a expressão “pessoa portadora de deficiência” busca ser mais neutra e técnica mas também falha em sua missão, uma vez que enfoca a questão da portabilidade, ao utilizar a palavra “portadora”. Quando se pensa em portabilidade vem à tona o conceito de mobilidade, de algo que é passível de ser levado/conduzido; o que poderia levar à ideia de que há a opção de não portar algo. Transferindo-se tal concepção para o universo da deficiência, ter-se-ia a noção de que a pessoa que porta a deficiência poderia optar em não portá-la, fato este que não condiz com a realidade.

Por outro lado, tal expressão remete também a ideia de enfermidade, uma vez que na linguagem médica a expressão “portador de enfermidade” é utilizada²⁷. Neste sentido, se olharia a deficiência como uma doença, o que pode ensejar aumento da estigmatização e da exclusão. Assim, não é adequado falar em portar uma deficiência, e a expressão em análise demonstra-se desprovida de sentido.

A expressão “pessoa com necessidades especiais” aparece mais recentemente e busca ser “politicamente correta”, mas não parece ser também adequada. Isso porque, não se pode presumir que a pessoa com deficiência tenha alguma necessidade especial; uma vez que tal fato implicaria uma discriminação *a priori*. É preciso verificar no caso concreto se há necessidade diferenciada, e, em caso positivo, qual é a mesma, e não presumir que as pessoas com deficiência estejam em posição de inferioridade e sempre precisem de auxílio. Por exemplo, uma pessoa surda não precisaria, em

tese de auxílio, em uma prova feita pelo computador em que as informações aparecessem por escrito; ou uma pessoa cega não teria necessidades especiais em uma prova oral. Assim, verifica-se que a expressão, ao tentar ser adequada, acaba auxiliando na estigmatização das pessoas com deficiência e não em sua proteção.

Em face dessas dificuldades, duas expressões parecem ganhar força no movimento atual de proteção às pessoas com deficiência: (i) pessoas com deficiência e (ii) pessoas com diversidade funcional.²⁸

A proposta de adoção da expressão pessoas com diversidade funcional é mais recente e parece buscar eliminar a palavra deficiência da terminologia, em função tanto do aspecto negativo da mesma quanto da estigmatização histórica associada a ela. Além disso, visa destacar a responsabilidade social para as pessoas com diversidade funcional:

[...] a terminologia responsabiliza a pessoa por sua condição física ou orgânica, ao mesmo tempo em que parece isentar a sociedade e o ambiente físico de quaisquer responsabilidades ou participação [...] Por ironia, as chamadas pessoas com deficiência tornam-se limitadas exatamente naqueles pontos em que a sociedade e/ou o ambiente são excludentes em relação à diversidade funcional. A responsabilidade recai sobre a pessoa que apresenta diferença funcional quando se espera – ou se exige – que ela se reabilite, se ‘normalize’, se adapte a uma sociedade que, de fato, foi construída para atender àqueles que correspondem ao padrão de normalidade.²⁹

Busca-se, assim, alterar o foco terminológico e propõe o conceito de diversidade funcional como a base comum. Tal proposta é interessante ao resgatar a ideia de responsabilidade e relacionamento entre o indivíduo e a sociedade, como também mencionado pela Organização Mundial da Saúde³⁰, mas não parece adequada, tanto pelo fato de que já há em instrumentos recentes a questão da responsabilização dos governos de assegurar os direitos desse grupo vulnerável “num marco democrático de reajustes sociais, estruturais e políticos para tratar o tema na esfera dos direitos humanos”³¹, como também, pode levar a um resultado de afastamento da busca de proteção da pessoa por trás da deficiência.

Isto porque ao destacar a questão da funcionalidade, comum em análises sociológicas,³² acaba estabelecendo (ainda que de maneira não intencional) a noção de que as pessoas devem servir para algo, como dotadas de função, o que pode le-

var ao absurdo de se entender que se a pessoa não cumpre sua função não serve para a sociedade.

O ser humano, como apontado, por Kant, é um fim em si mesmo,³³ e a transposição de teorias de funcionalismo para a análise da proteção dos direitos humanos pode levar a fins perversos. Assim, ainda que seja relevante a noção da interação e da responsabilidade da sociedade em relação às pessoas com deficiência; a expressão “pessoas com diversidade funcional” pode levar a um tecnicismo indesejado.

Diante disto, e da necessidade de se manter o foco na pessoa e na necessidade de proteção a ela parece que a expressão “pessoas com deficiência”, em que pese a questão histórica da estigmatização, da inferioridade, e da dificuldade de definição de deficiência segue sendo a opção mais adequada atualmente.³⁴

Por fim, um quinto fator dificultador da proteção das pessoas com deficiência retoma as questões multidisciplinares e diz respeito à qual abordagem deve ser usada no tratamento da questão. Isto porque tem se verificado ao longo da evolução da proteção das pessoas com deficiência dois tipos principais de abordagem: a abordagem médica e a abordagem de direitos humanos.³⁵

Até a década de 1990 verificava-se uma abordagem médica à questão da proteção das pessoas com deficiência.³⁶ Esta abordagem procurava trazer uma conceituação “atrelada à busca de causas ambientais, a fim de se estabelecer um padrão de funcionamento considerado normal, a partir do qual se definem padrões de desvio.”³⁷ Tal situação remete aos problemas acima mencionados em relação à utilização de funcionalidade como um critério de trabalho, demonstrando-se, assim, inadequada.

A partir do fortalecimento do movimento dos direitos humanos após o final da Guerra Fria, e impulsionado pelas ações da UNESCO, UNICEF e da ONG *Disabled Peoples International*³⁸ tem início um movimento de inclusão das minorias e grupos vulneráveis, dentro os quais das pessoas com deficiência.³⁹ Tal movimento se funda em um “[...] posicionamento contrário ao assistencialismo e a defesa do convívio e participação ativa da pessoa com deficiência na sociedade são alguns de seus norteadores.”⁴⁰

Em 2004, com a Declaração de Madri, tem-se a finalização da mudança de uma abordagem médica para uma abordagem de direitos humanos da proteção às pessoas com deficiência.⁴¹ Essa mudança pode ser considerada o ápice em uma história de 4 fases da proteção das pessoas com deficiência:

a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que a deficiência simbolizava impureza, pecado, ou mesmo, castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, sendo o foco centrado no indivíduo “portador de enfermidade”; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos.⁴²

Além dessas vantagens, uma abordagem de direitos humanos permite o estabelecimento de um procedimento hermenêutico visando uma proteção holística, como acima mencionado; e também abre espaço para que se debata o ideal de igualdade real para as pessoas com deficiência.

1.2. A construção da proteção das pessoas com deficiência enquanto tema de direitos humanos

Com a prevalência da abordagem de direitos humanos pode-se dizer que se inaugura uma nova fase da proteção das pessoas com deficiência. Isto porque todos os princípios dos direitos humanos tais como igualdade e não discriminação, a busca de proteção holística, e o objetivo de proteger os reflexos da dignidade humana, passam a orientar tal proteção.

Essa abordagem, contudo, não abandona as conquistas anteriores feitas sob abordagens diferentes, mas sim, as integra e procura traçar uma nova ética de proteção, baseada na ideia de que a “ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena.”⁴³

O sistema internacional de proteção às pessoas com deficiência teve como marco inicial a Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1975. Este documento se enquadra no processo de especialização dos sujeitos pelo Direito

Internacional de Proteção da Pessoa Humana,⁴⁴ e determina ao lado dos direitos humanos comuns a todos os indivíduos (em seus artigos 3º e 4º) o gozo de direitos que decorrem das peculiaridades e particularidades da condição de pessoa com deficiência (em seus artigos 5º a 13).

Tal determinação é condizente com o movimento de especialização dos sujeitos, dado que, em um primeiro momento os documentos do Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana traziam normas protetoras de sujeitos genéricos, i.e. do ser humano em geral. Não se preocupava em proteger os indivíduos em suas peculiaridades mas sim em assegurar direitos para todos os seres humanos de modo similar. Essa é a lógica presente, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o documento matriz do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Contudo, logo se percebeu que ao lado destes direitos assegurados com titularidade universal, era preciso levar em consideração as peculiaridades e particularidades de grupos de indivíduos que ensejassem necessidade de proteção diferenciada. Assim, estabeleceram-se documentos para sujeitos específicos como, por exemplo as minorias raciais (Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965); as mulheres (Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres de 1979); as crianças (Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989) e as pessoas com deficiência (Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 2006), no que se convencionou denominar processo de especialização dos sujeitos.

A Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência, inicia o movimento de proteção e inspira a adoção de outros documentos como as *Regras-padrão para a Equalização de Oportunidades para Pessoas com Deficiência* (1993) e a *Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência* (1999). Tais documentos, ao mesmo tempo em que buscam estabelecer critérios e conceitos comuns, destacam a necessidade de inclusão e não discriminação, e, sendo essa uma das bases do movimento de direitos humanos, acabam por auxiliar na adoção destes como base para a proteção.⁴⁵

A abordagem de direitos humanos culmina com a recente adoção da *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, adotada em 13 de dezembro 2006 e em Vigor desde 3 de maio de 2008.

Assinada por 147 Estados e com 99 Estados-parte, a Convenção sinaliza claramente a abordagem de direitos humanos para a proteção das pessoas com deficiência. Tal sinalização pode ser encontrada já em seu título que destaca a figura deontológica de direitos e aponta como seus titulares as pessoas com deficiência, com toda a carga terminológica que tal expressão traz, como acima mencionado.

Além disso, menciona como seu propósito (artigo 1º) a promoção, a proteção e a garantia de igual e completo gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, e a promoção do respeito à sua inerente dignidade.

A Convenção propugna pela não discriminação (artigo 3, b, *inter alia*) e pela acessibilidade aprofundando a busca de inclusão das pessoas com deficiência (artigo 3, f). E neste sentido, condena qualquer prática de discriminação, entendida como

qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável (artigo 2º.)

Ela ainda traz o tema para a agenda e inspira normas internas propiciando mais proteção, como no caso do Brasil que além de ter adotado a Convenção por meio do procedimento especial criado pela Emenda Constitucional 45/04 o que lhe garante *status* de Emenda Constitucional, está estudando a criação de um Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O foco principal desta abordagem de direitos humanos para a proteção das pessoas com deficiência é garantir o respeito máximo aos direitos que decorrem da dignidade humana (os direitos humanos) e, neste sentido, a preocupação com a igualdade das pessoas com deficiência ganha destaque.

2. A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO DOS DIREITOS HUMANOS

2.1. O princípio da igualdade

A questão da igualdade está presente no temário político, sociológico e jurídico desde a

Antiguidade, como demonstram os escritos de Aristóteles. Para o Direito, ela ganha relevância enquanto componente do conceito de Justiça, no sentido de que sem igualdade não é possível falar-se em Justiça.

Esta presença se comprova inclusive na máxima cunhada por Aristóteles e que é utilizada como definição de igualdade até o presente: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade.

A máxima aristotélica ilumina a questão da igualdade até hoje, apesar de ter uma aplicação mais ampla do que quando foi cunhada, como se verá na sequência, e traz em seu bojo duas questões que precisam ser trabalhadas.

A primeira questão diz respeito a um duplo enfoque da igualdade pois, se por um lado, ela implica isonomia, por outro, implica equidade. Ao estabelecer que os iguais sejam tratados de modo igual, destaca a noção de isonomia, evitando seletividade; por outro lado, ao completar a formulação com o conceito de tratar os diferentes de modo diferente na medida da diferença, propõe que a igualdade tem um componente de equidade, no sentido de se buscar a Justiça no caso concreto.

Tal concepção dúplice é relevante tanto na busca da igualdade formal quanto na busca da igualdade material; e permite a busca da igualdade real para as pessoas com deficiência como se verá adiante.

A segunda questão, por seu turno, demonstra os limites da aplicação da igualdade à época da cunhagem da expressão. Isto porque é preciso se definir quem são os iguais e quem são os diferentes,⁴⁶ e dependendo da composição de cada grupo se terá igualdade real ou não.

Na Antiguidade Clássica, a definição do conjunto dos iguais não era feita a fim de compor um único conjunto do gênero humano. Na Grécia, inclusive nas áreas mais democráticas, havia separações que originavam distinções em termos legais, políticos e sociológicos. Pode-se dizer que os mais iguais eram os homens livres, mas que mulheres, escravos e outros eram tidos como diferentes e que tal diferença implicava não em tratamento mais vantajoso como se irá propugnar para as pessoas com deficiência, mas sim em menos direitos, liberdades e possibilidades.

O mesmo ocorria no Império Romano com a clara distinção entre os romanos e os estrangeiros (que possuíam até um ramo específico do Direito – o *ius gentium*), com aqueles sendo o grupo privilegiado.

garantindo-se simultaneamente os direitos de *equal treatment* e de *treatment as equal*, como propugnado por Dworkin.⁵⁵ E, em face destas exigências e das peculiaridades de cada grupo, nota-se que, em determinadas situações, tais peculiaridades podem ensejar ações diferentes das tomadas em relação à sociedade majoritária, mas sempre com a ótica de assegurar o binômio isonomia-equidade presente no ideal de igualdade e a partir da ótica protetiva dos direitos humanos.

2.2.A igualdade enquanto princípio dos direitos humanos

Após 1945, em face das catástrofes humanitárias provocadas pela Segunda Guerra Mundial, os Estados buscaram reorganizar o cenário internacional a partir de valores compartilhados, entre os quais se destacavam a segurança internacional e os direitos humanos.⁵⁶ Teve início, assim, o processo de internacionalização dos direitos humanos, que transformou profundamente o Direito Internacional⁵⁷ e que modificou a proteção dos direitos decorrentes da dignidade humana.

Os direitos humanos, após longa evolução teórica e legal passaram a contar com uma nova esfera de efetivação, que funciona de maneira complementar às esferas domésticas e que visa assegurar proteção caso os Estados não possam ou não queiram protegê-los⁵⁸.

Passam também por uma reconstrução de sua fundamentação, com o avanço da concepção de que a dignidade humana é inerente a todos os seres humanos e que os direitos humanos são um construído histórico e não um dado.⁵⁹

Essas mudanças alteram profundamente os direitos humanos e criam a concepção contemporânea de direitos humanos. Tal concepção, contudo, vai mais além e passa a propugnar os direitos humanos (ou mais especificamente a base dos mesmos – a dignidade humana) como base de um princípio de justiça atualmente.⁶⁰

Neste sentido, todos os princípios relacionados ao tema precisam ser garantidos a fim de que se possa falar efetivamente em uma sociedade e em um direito justos. Entre esses princípios encontra-se a igualdade, com seu binômio isonomia-equidade, o que faz com que todos esses elementos precisem ser pensados com vistas às suas reais implementações para que o conceito contemporâneo de Justiça possa ser atingido.

A igualdade enquanto conceito, assim como no caso da Justiça e do Direito em geral, está rela-

cionada aos direitos humanos há muito.⁶¹ Estava presente em temas do Direito Natural que auxilia na construção teórica dos direitos humanos; se fez presente nas exigências da Revolução Americana, fazia parte do lema da Revolução Francesa (*liberté, égalité, fraternité*/ liberdade, igualdade, fraternidade); e ganhou contornos novos em face da realidade estabelecida pela Revolução Industrial e pelo fortalecimento das teorias socialistas. Após 1945 ela passa, assim como os direitos humanos, a ter contornos ainda mais internacionais e vai estar na base de muitas ações do Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana.

Verifica-se o tema da igualdade no Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana, por exemplo, na busca de efetivação da igualdade material por meio dos direitos humanos de segunda dimensão, ou seja os direitos econômicos, sociais e culturais. Bem como na busca de implementação do direito ao desenvolvimento a fim de beneficiar os seres humanos, os povos e os Estados. Além disso, verifica-se a busca da asseguarção de igualdade no já referido processo de especialização de sujeitos no Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana.

Por esse processo, como visto, não se excluem os direitos de titularidade universal destas pessoas mas sim se acrescem a eles direitos que visam proteger esses sujeitos específicos em suas peculiaridades; em seus traços únicos e singulares.

Tal proteção específica não significa discriminação pois o que se busca é reestabelecer bases iguais por meio de proteção diferenciada, para, a partir da equiparação, poder se tratar a todos de maneira isonômica, evitando-se “desequiparações fortuitas ou injustificadas.”⁶² É assim, na verdade, um processo de diferenciação que objetiva restabelecer a equidade para na sequência permitir a isonomia e, com isso, assegura a face binômica da igualdade.

Tal processo como referido ocorreu também no que diz respeito à proteção das pessoas com deficiência. Apesar de estar na agenda internacional há anos, contudo, a tônica da proteção para as pessoas com deficiência acontece de modo mais assertivo recentemente, em 2006, quando foi aprovado um documento com força jurídica relevante (uma convenção) sobre o tema.

As principais características deste documento foram acima mencionadas. Assim, o que precisa ser analisado agora é se esse processo garantiu efetivamente mais igualdade para as pessoas com deficiência, ou seja se contribuiu para a concretiza-

ção da igualdade real dessas pessoas. Tal verificação será feita no próximo item, a partir da análise da abordagem adotada pela Convenção.

3. A RECONSTRUÇÃO DA IGUALDADE REAL A PARTIR DO DIREITO À ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

3.1. “Diferentes mas iguais”: o direito à acessibilidade

Como mencionado a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em 2006, traz uma abordagem de direitos humanos para a proteção às minorias, e tem preocupação em garantir o direito à igualdade e a inclusão das pessoas com deficiência. A fim de atingir tal objetivo, ela destaca as questões relacionadas ao direito à acessibilidade.

O direito à acessibilidade surge ligado às questões de remoção de barreiras físicas que impeçam ou dificultem o acesso das pessoas com deficiência a espaços sociais. Neste sentido, se aponta a existência de facilitadores e de barreiras na vida social,⁶³ sendo necessário que se removam essas últimas. Tal ideia é expressa, por exemplo, no artigo 1º da Convenção que relaciona a própria noção de deficiência à de barreiras ao mencionar que

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.

O direito à acessibilidade aparece, deste modo, relacionado às questões arquitetônicas e de acesso físico, como aponta o artigo 9º da Convenção.⁶⁴ Contudo, em uma abordagem mais ampla e buscando o caráter integrador dos direitos humanos, pode-se entender que o direito à acessibilidade hoje vai além e propugna pelo acesso a todos os aspectos da vida social e a eliminação de quaisquer barreiras às pessoas com deficiência.⁶⁵ A acessibilidade pode ser vista, destarte, como um direito instrumental⁶⁶ para a realização dos demais direitos.

A partir desta abordagem mais ampla e inclusiva é possível pensar em estratégias de inclusão das pessoas com deficiência tendo sido a adoção de ações afirmativas o caminho escolhido preferencial para tal fim.

Entende-se por ações afirmativas aquelas que buscam concretizar as exigências positivas da igualdade⁶⁷ buscando auxiliar na ética emancipatória dos Direitos Humanos.⁶⁸ De acordo com V. Van Dyke há dois grandes grupos de exigências da igualdade (*equality claims*), os negativos, que demandam a não-discriminação, e os positivos, que exigem ações que possam efetivamente equiparar as pessoas para na sequência se exigir a não discriminação.⁶⁹ As ações afirmativas viriam, assim, em um momento posterior à declaração de igualdade e não-discriminação a fim de implementar a igualdade material das pessoas com deficiência.

Retoma-se, deste modo, o binômio igualdade-não discriminação, e se mantém a tradição primaz no Ocidente de efetivar a igualdade primeiramente por meio de exigências negativas.⁷⁰ O foco inicial na não-discriminação se justifica também pelo fato de ela ser um dos princípios sobre os quais se estrutura o sistema de direitos humanos; buscando estabelecer a igualdade entre todos os seres humanos. A partir da não-discriminação, contudo, surge a possibilidade de diferenciação.

A diferenciação se distingue da discriminação pois busca restaurar uma situação de igualdade e não conferir privilégios de modo discricionário. Para tanto se funda em critérios objetivos de discrimen que estejam relacionados à situação de desigualdade de fato e busca reestabelecer uma situação de isonomia, a partir da equidade, não podendo ser vista como uma violação do princípio da igualdade,⁷¹ mas sim como uma forma de concretizar a mesma.

Foi neste sentido que a Assembleia Geral da ONU ponderou que a noção de não-discriminação não deveria “be construed to prohibit ‘te adoption of legitimate measures designed precisely to safeguard and promote the rights of certain categories of persons.’”⁷²

A diferenciação permite, assim, que se busque a justiça no caso concreto, para após o estabelecimento de uma situação de equiparação se possa praticar a isonomia. E como mencionado, tem nas ações afirmativas uma de suas principais ferramentas.

As ações afirmativas partem da noção de “diferentes mas iguais”, no sentido de que ainda que existam diferenças entre os seres humanos e que estas precisem ser respeitadas para a efetivação dos direitos e para a busca da igualdade o fim almejado é o da equidade acrescida de isonomia. A expressão “diferentes mas iguais” surgiu na questão educacional racial nos Estados Unidos e condensa tal noção, ao destacar que todos devem

ter as mesmas oportunidades e direitos, ainda que sejam diferentes, uma vez que são todos dotados de dignidade e que a igualdade deve ser um pressuposto mas também, atingida como um fim, e, com isso, auxilia na realização de um direito mais amplo à acessibilidade.

Este caminho de exigências negativas de igualdade seguido de exigências positivas, foi o adotado pelos documentos internacionais, que em um primeiro momento, como mencionado, afirmam a igualdade das pessoas com deficiência com as demais, garantindo-lhes os direitos humanos universais e a não-discriminação, para em seguida apontar medidas que permitam a efetivação do direito amplo à acessibilidade, e com isso, à igualdade, por meio de ações afirmativas.

A escolha de ações afirmativas, como por exemplo a inclusão de cotas para concursos públicos, faz sentido dentro da gama de estratégias de efetivação dos direitos humanos e dos direitos das minorias e dos grupos vulneráveis. Isto porque o Direito das Minorias (que engloba as minorias tradicionais e os grupos vulneráveis, que inclui as pessoas com deficiência) necessita de várias abordagens para sua concretização, sendo uma delas a abordagem de direitos humanos.⁷³

A abordagem do tratamento de minorias dentro da ótica de direitos humanos por meio das ações afirmativas parece ser adequado na busca da efetivação do direito amplo à acessibilidade, ao garantir a não-discriminação e ao buscar assegurar a inclusão social das pessoas com deficiência. Neste sentido, merece destaque o acesso ao poder a fim de que se diminua ou elimine a relação de exclusão e/ou subjugação e que deixe de existir a vulnerabilidade. Contudo, não parece ser suficiente para sozinho ensejar o respeito a todos os direitos das pessoas com deficiência, posto que ainda que facilite ou permita o acesso, pode se verificar que durante o gozo do mesmo existam barreiras que precisam mais uma vez ser transpostas. Ou seja, não basta assegurar o acesso mas sim é preciso que o mesmo seja efetivo.

Para tanto, uma outra abordagem de tratamento das minorias pela ótica dos direitos humanos – a ideia de regra + exceção – precisa ser resgatada, e com ela, a formulação de “iguais mas diferentes.”

3.2 “Iguais mas diferentes”

A noção de “iguais mas diferentes” não visa suprimir o conceito de “diferentes mas iguais” e o direito à acessibilidade mas sim busca comple-

mentá-los, a fim de propugnar por uma proteção mais ampla das pessoas com deficiência.

A igualdade real das pessoas com deficiência vai além da simples possibilidade de acesso e de inclusão e precisa-se verificar se, no caso concreto, uma vez que estes estão assegurados, são efetivos e se os direitos destas pessoas estão protegidos de maneira eficaz.

Isso ocorre pois, como mencionado, o conjunto de pessoas com deficiência é extremamente variado. E é também extremamente amplo, uma vez que se classifica 10% da população mundial (ou o equivalente a 650 milhões de pessoas) como pessoas com deficiência (ONU).⁷⁴ Tal população compõe assim o maior grupo vulnerável (minoritário) atualmente e em face de suas peculiaridades e necessidades diferenciadas pode necessitar de maior amparo, sendo a busca de estratégias para tal um objeto de estudo relevante.

Neste sentido é preciso garantir, para além do acesso, a proteção dos direitos humanos em todos os processos de relacionamento social, fato este que parece não estar acontecendo.

Para ilustrar tal fato, selecionou-se três exemplos de áreas diferentes. O primeiro exemplo se relaciona à questão da efetiva proteção de pessoas com doença mental, passando pela problemática do entendimento de sua realidade. Um caso grave de violação de direitos desta população ocorre em procedimentos criminais que podem levar à pena de morte nos EUA. Como destacado em trabalho anterior⁷⁵ e como apontado por exemplo pela Anistia Internacional,⁷⁶ verifica-se que as garantias existentes atualmente no sistema penal americano em geral não asseguram que pessoas com doença mental sejam isentas da pena de morte, e sejam internadas caso culpadas; nem com isenções categóricas nem com as garantias processuais aplicadas. Tal fato, contudo, poderia ser alterado caso se implementassem procedimentos diferenciados em casos envolvendo doentes mentais, como avaliações contínuas e estabelecimento de novas garantias de devido processo legal especialmente para essa população.⁷⁷

Um segundo exemplo diz respeito à necessidade de perícias para se demonstrar a existência da deficiência e, com isso, se garantir benefícios governamentais. No caso brasileiro, por exemplo, existem benefícios governamentais (como o Benefício de Prestação Continuada; descontos ou isenções em transporte público e a possibilidade de recebimento de pensões e/ou aposentadorias dos progenitores após a morte dos mesmos) que são em si avanços em termos de proteção; con-

tudo, tem-se um procedimento burocrático para tal que muitas vezes não leva em consideração as peculiaridades das pessoas com deficiência. Se por um lado se entende a necessidade de o governo averiguar que se trata de uma pessoa com deficiência a fim de evitar fraudes, por outro lado, não é compreensível que, ainda que exista uma decisão judicial que comprove que se trata de uma pessoa com deficiência, e que se trata de situação irreversível, ou que já exista perícia médica anterior, por exemplo, sejam necessárias outras perícias (no plural, uma vez que caso se trata da pensão/aposentadoria do pai e da mãe são abertos processos diferentes pelo mesmo órgãos, por exemplo). Além disso, a própria realização de uma única perícia pode ensejar várias idas aos locais designados para tal.⁷⁸ Tais procedimentos burocráticos muitas vezes impedem a efetivação do direito, já que pode-se deparar com situações em que por questões de tempo ou de dinheiro, o acesso exista mas não possa ser efetivado.

Um terceiro exemplo retoma o caráter interdisciplinar do tema ao falar do direito à saúde, que muitas vezes é limitado em face de se tratar de pessoa com deficiência. Isto ocorre, por exemplo, quando há a busca por um plano de saúde privado, a complementar o direito à saúde, e o acesso ao mesmo é limitado (ou barrado) por haver uma “doença pré-existente”. Verifica-se, nestes casos, não apenas a não efetivação do acesso mas também a ignorância dos procedimentos burocráticos sobre o tema, pois, muitas vezes, a “deficiência” nada tem a ver com possíveis doenças futuras, e, portanto, não poderia servir de base para a exclusão ou a cobrança excessiva de valores.

A partir destes três exemplos, verifica-se que, na prática, apenas garantir à acessibilidade às pessoas com deficiência, ainda que extremamente relevante, não é suficiente a fim de se assegurar a igualdade real, posto que nota-se que após o acesso pode existir falta de isonomia e de equidade. Assim, faz-se necessário ir além da noção de “diferentes mas iguais”, que serviu de base para a concretização de ações afirmativas, para buscar a concepção de “iguais mas diferentes” almejando implementar a igualdade real das pessoas com deficiência.

Neste sentido, a abordagem de direitos humanos para o tratamento das minorias parece auxiliar uma vez mais, ao permitir o estabelecimento de parâmetros pelos quais se estabeleça a fórmula de “regra + exceção”.

A premissa por trás desta fórmula é a de se estabelecer uma regra geral acrescida de uma

exceção que permita o estabelecimento de procedimentos específicos para o tratamento dos grupos minoritários. Por óbvio que tal procedimento específico deve se coadunar com as necessidades do caso concreto tendo um critério objetivo de discrimen como no caso das ações afirmativas. Resguardada tal situação, o procedimento busca respeitar os direitos das minorias e dos grupos vulneráveis, calibrando a regra para que ela possa ser aplicada de maneira justa.

Tal fato é justificável pois como mencionado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, ainda em 1935, “*nominal equality in law might result in inequality in fact.*”⁷⁹ Ou seja, a garantia de igualdade formal sem que se leve em consideração as peculiaridades específicas e se aja para regular as situações, pode não apenas não ensejar igualdade mas sim contribuir para o estabelecimento de desigualdade.

Assim, em face dos exemplos acima mencionados, e tendo em vista o conceito de “iguais mas diferentes” e a fórmula de “regra + exceção”, poder-se-ia criar procedimentos criminais específicos em caso envolvendo doentes mentais, ou uma regra sobre perícias envolvendo pessoas com deficiência que desburocratizasse os procedimentos, ou ainda regras claras sobre o tratamento de pessoas com deficiência aos planos de saúde privados; ao lado das regras gerais sem se violar direitos, pois o que se estaria buscando seria tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade como demanda a máxima aristotélica.

Verifica-se, deste modo, que a noção de “iguais mas diferentes” pode contribuir em muito com a proteção das pessoas com deficiência e deveria ser um dos focos do movimento de direitos humanos ao lado da já fortalecida ótica inclusiva da formulação de “diferentes mas iguais”.

Além das justificativas acima apontadas, verifica-se que o conceito de “iguais mas diferentes” se coaduna com várias concepções de igualdade; passando no crivo das noções de (i) igualdade de bem-estar, no sentido de que as pessoas com deficiência devem ter recursos extras que permitam a concretização de seu bem-estar na mesma medida dos demais;^{80 81} (ii) igualdade de recursos, permitindo que se reestabeleça a equidade para depois buscar-se a isonomia;⁸² e (iii) igualdade como fundada na solidariedade como base para uma sociedade igualitária.⁸³

Ademais tal abordagem se justifica não apenas pela busca de igualdade real, objetivo do Direito e da Política modernas, mas também caso

se adote um posicionamento mais cínico. Isto porque a partir da teoria do *"veil of ignorance"*⁸⁴ e sabendo-se que as deficiências podem ser adquiridas, é no interesse de todos assegurar que as pessoas com deficiência tenham todos os seus direitos humanos respeitados plenamente.

Assim, seja pela adoção de uma ética utilitarista, seja pela adoção da ética da alteridade dos direitos humanos, faz-se necessário seguir avançando na proteção às pessoas com deficiência, a fim de que se consiga implementar efetivamente a igualdade real, e a proposta da fórmula "iguais mas diferentes" com a adoção de "regras + exceções" parece ser um instrumento positivo para tal.

CONCLUSÃO

O tema da igualdade permeia as relações sociais, políticas e jurídicas há muito; e está intimamente ligado à ideia de Justiça. Sem igualdade não é possível falar-se em uma situação ou sociedade justas. Contudo, busca-se não uma aplicação limitada da igualdade mas sim a sua mais plena efetivação, o que enseja tradicionalmente não apenas a igualdade formal mas também a igualdade material.

Em face das necessidades particulares dos grupos minoritários e vulneráveis, talvez seja necessário aprofundar ainda mais o conceito de igualdade, a fim de que se tenha na prática a igualdade real, que leve em consideração todos os aspectos da dignidade humana, e consequen-

temente, dos direitos humanos das pessoas que compõem esses grupos.

No caso da proteção às pessoas com deficiência, tem-se dado enfoque às ações que efetivam o direito à acessibilidade, uma vez que a exclusão social tem estado associada ao estigma destas pessoas e às barreiras ao acesso das mesmas às situações da vida social e aos direitos. Contudo, parece ser necessário também buscar estabelecer direitos que assegurem padrões diferentes nos procedimentos tradicionais, a fim de que os direitos humanos destas pessoas sejam plenamente respeitados.

Medidas que adotem a regra tradicional do tratamento das minorias (i.e. regra geral acrescida de exceção específica) parecem auxiliar na completude da proteção; caso coexistam com as ações afirmativas de inclusão.

Desta maneira, não se estaria criando discriminação, mas sim diferenciação positiva que, ao invés de impedir a igualdade, promove a mesma, no sentido de resgatar a noção de equidade como parte do binômio (equidade-isonomia) que compõe a noção de igualdade como parte integrante da busca da justiça.

Assim, ao lado da concepção de "diferentes mas iguais", que poderia servir como base para a acessibilidade, faz-se necessário propugnar pela noção de "iguais mas diferentes", e, com isso, efetivar verdadeiramente a igualdade das pessoas com deficiência e, a partir disso, ensejar a proteção integral de sua dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMIRALIAN, M. L. T.; PINTO, E. B.; GHIRARDI, M. I. G.; LICHTIG, I.; MASINI, E. F. S.; PASQUALIN, L. Conceituando deficiência. *Revista de Saúde Pública*, 34, n. 1, pp. 97-103, 2000.
- AMNESTY INTERNATIONAL. USA: The Execution of Mentally Ill Offenders - Summary Report, 2006. Disponível em <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR510022006>.
- ARAUJO, L. D. O direito das pessoas com deficiência e as convenções internacionais. In: AMARAL JUNIOR, A.; JUBILUT, L.L. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. pp. 469-486.
- . A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 911-923.
- BOBBIO, N. A era dos Direitos. 10ª. edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAIADO, K. R. M.; LAPLANE, A. L. F. Programa Educação inclusiva: direito à diversidade – uma análise da visão de gestores de um município-polo. *Educação e Pesquisa*, v. 35, n.2, maio/ago, pp. 303-315, 2009.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CASTRO, S. S.; LEFÈVRE, F.; LEFÈVRE, A.M.C.; CESAR, C. L. G. Acessibilidade aos serviços de saúde por pessoas com deficiência. *Revista de Saúde Pública*, 45, n. 1, pp. 99-105, 2011.
- CAVALCANTE, F. G.; MINAYO, M. C. S. Representações sociais sobre direitos e violência na área da deficiência. *Ciência & Saúde Coletiva*, 14, n. 1, pp. 57-66, 2009.
- COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 2ª. edição. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DINIZ, D.; SQUINCA, F.; MEDEIROS, M. Qual deficiência? Perícia médica e assistência social no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, 23, n. 11, novembro, pp. 2589-2596, 2007.
- DWORKIN, R.. *A virtude soberana- a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- . *Taking rights seriously*. 18th printing. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2001.
- ELIAS, M.P.; MONTEIRO, L.M.C.; CHAVES, C.R. Acessibilidade a benefícios legais disponíveis no Rio de Janeiro para portadores de deficiência física. *Ciência & Saúde Coletiva*, 13, n. 3. pp. 1041-1050, 2008.
- FRANÇA, I. S. X.; PAGLIUCA, L. M. F. Inclusão social da pessoa com deficiência: conquistas, desafios e implicações para a enfermagem. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, 43, n. 1, pp. 178-185, 2009.
- FONSECA, M. A. Direito e exclusão: uma reflexão sobre a noção de deficiência. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE ADVOCACIA PÚBLICA. *Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência*. Max Limonad, 1997. pp. 117-127.
- JUBILUT, L.L. A proteção internacional do ser humano e as transformações no Direito Internacional In: VEÇOSO, F. F. C. (Coord.) *Direito Internacional em Contexto*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 179-209.
- . *Direito das Minorias*- audiolivro Coleção Tudo o que Você Precisa Ouvir. São Paulo: Saraiva, 2010.
- . Os fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo: da Coexistência aos Valores Compartilhados. *V Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, n. 9, v. 2, 2010. pp. 205-219.
- . *Não Intervenção e legitimidade internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- . *Death penalty and mental illness: the challenge of reconciling human rights, criminal law and psychiatric standards*. 6 Seattle Journal of Social Justice, v. 6, issue 1, fall/winter, pp. 353-390, 2007.
- KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Textos Filosóficos. Edições 70, 2000.
- KOH, H. H. Different but Equal: The Human Rights of People with Intellectual Disabilities, *Maryland Law Review*, 63, n. 1, pp. 1-19, 2004.
- LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

- MARQUES, C. A. Implicações políticas da institucionalização da deficiência. *Educação & Sociedade*, v. 19, n. 62, 1998. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73301998000100006.
- MELLO, C. A. B. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª. edição. 16ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.
- OLIVEIRA, M. A.; GOULART JUNIOR, E.; FERNANDES, J. M. Pessoas com deficiência no mercado de trabalho: considerações sobre políticas públicas nos Estados Unidos, União Européia e Brasil. *Revista Brasileira de Educação Especial*, v. 15, n. 2, mai-ago, pp. 219-232, 2009.
- OLIVER, F. C.; TISSI, M.C.; AOKI, M.; VARGEM, E. F.; FERREIRA, T. G. Participação e exercício de direitos de pessoas com deficiência: análise de um grupo de convivência em uma experiência comunitária. *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, v. 8. n. 15, mar/ago, pp. 275-288, 2004.
- PEREIRA, R. Diversidade funcional: a diferença e o histórico modelo de homem-padrão. *História, Ciência, Saúde*, v. 16, n. 3, jul/set, pp. 715-728, 2009.
- PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª. edição. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011.
- *Temas de Direitos Humanos*. 4ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: perspectivas global e regional*. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 47 e ss.
- QUARESMA, R. A pessoa portadora de necessidades especiais e sua inclusão social. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 925-945.
- RAWLS, J. *A Theory of Justice* - revised edition. 6th printing, Cambridge, USA: Harvard University Press, 2003. pp. 118 e ss.
- SANTOS, W. R. Pessoas com deficiência nossa maior maioria. *Physis- Revista de Saúde Coletiva*, 18, n. 3, pp. 501-519, 2008.
- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª. edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TORRES, E. F.,; MAZZONI, A. A.; MELLO, A. G. Nem toda pessoa cega lê em Braille nem toda pessoa surda se comunica em língua de sinais. *Educação e Pesquisa*, v. 33, n.2, maio/ago, pp. 369-385, 2007.
- UN Enable. <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=18>.
- VAN DYKE, V. Human rights without discrimination. *The American Political Science Review*, v. 67, n. 4, pp. 1267-1274, 1973.
- VITORIA, F. *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre*. Genève: Librairie Droz, 1966.
- WHO. 2011. <http://www.who.int/topics/disabilities/en/>
- YOUNG, I.M. Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship. *Ethics*, 99, n. 2 pp. 250 -274, 1989.

NOTAS

1. BOBBIO, N. A era dos Direitos. 10^a. edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32.
2. Ibid, p. 69.
3. A proteção internacional dos direitos humanos alterou a lógica do Direito Internacional, podendo-se falar até mesmo em uma humanização deste. Cf. CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
4. PIOVESAN, F. *Temas de Direitos Humanos*. 4^a. edição. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 360.
5. LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras. 1988. pp. 146 e ss.
6. O argumento-base deste artigo foi mencionado brevemente em obra anterior ao se falar da proteção às pessoas com deficiência (JUBILUT, L. L. *Direito das Minorias*- audiolivro Coleção Tudo o que Você Precisa Ouvir. São Paulo: Saraiva, 2010) mas não foi explorado como é aqui, sendo este trabalho inédito.
7. Ibid.
8. PEREIRA, R. Diversidade funcional: a diferença e o histórico modelo de homem-padrão. *História, Ciência, Saúde*, v. 16, n. 3, jul/set, 2009, p. 717.
9. TORRES, E. F.,; MAZZONI, A. A.; MELLO, A. G. Nem toda pessoa cega lê em Braille nem toda pessoa surda se comunica em língua de sinais. *Educação e Pesquisa*, v. 33, n.2, maio/ago, 2007, p. 371.
10. Ibid, p.383.
11. DINIZ, D.; SQUINCA, F.; MEDEIROS, M. Qual deficiência? Perícia médica e assistência social no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, 23, n. 11, novembro, pp. 2589-2596, 2007.
12. JUBILUT, L. L. *Death penalty and mental illness: the challenge of reconciling human rights, criminal law and psychiatric standards*. 6 Seattle Journal of Social Justice, v. 6, issue 1, fall/winter, 2007, pp. 356-357.
13. Ibid, p. 384.
14. OLIVEIRA, M. A.; GOULART JUNIOR, E.; FERNANDES, J. M. Pessoas com deficiência no mercado de trabalho: considerações sobre políticas públicas nos Estados Unidos, União Européia e Brasil. *Revista Brasileira de Educação Especial*, v. 15, n. 2, mai-ago, 2009, p. 220.
15. CAVALCANTE, F. G.; MINAYO, M. C. S. Representações sociais sobre direitos e violência na área da deficiência. *Ciência & Saúde Coletiva*, 14, n. 1, 2009, p. 58.
16. JUBILUT, L. L. *Death penalty and mental illness: the challenge of reconciling human rights, criminal law and psychiatric standards* p. 359.
17. OLIVEIRA, M. A.; GOULART JUNIOR, E.; FERNANDES, J. M. Op. cit., p. 226.
18. FRANÇA, I. S. X.; PAGLIUCA, L. M. F. Inclusão social da pessoa com deficiência: conquistas, desafios e implicações para a enfermagem. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, 43, n. 1, 2009, p. 179.
19. FONSECA, M. A. Direito e exclusão: uma reflexão sobre a noção de deficiência. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE ADVOCACIA PÚBLICA. *Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência*. Max Limonad, 1997, p. 119.
20. DINIZ, D.; SQUINCA, F.; MEDEIROS, M. Op. cit.
21. Ibid, p. 2590.
22. Ibid.
23. Ibid, p. 2591.
24. AMIRALIAN, M. L. T.; PINTO, E. B.; GHIRARDI, M I.G.; LICHTIG, I.; MASINI, E. F. S.; PASQUALIN, L. 2000. Conceituando deficiência. *Revista de Saúde Pública*, 34, n. 1, 2000, p. 98.
25. Parece, contudo, que há consenso sobre o fato de a deficiência ser inata ou adquirida.
26. WHO. 2011. <http://www.who.int/topics/disabilities/en/>.
27. PIOVESAN, F. Op. cit., p. 360.
28. PEREIRA, R. Op. cit.
29. Ibid, p. 716.
30. WHO. Op. cit.
31. SANTOS, W. R. Pessoas com deficiência nossa maior maioria. *Physis- Revista de Saúde Coletiva*, 18, n. 3, 2008, p. 502.
32. O funcionalismo está presente nas obras de Émile Durkheim e Talcott Parsons, por exemplo.

33. KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Textos Filosóficos. Edições 70, 2000, p. 68.
34. ARAUJO, L. D. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 913.
35. CAVALCANTE, F. G.; MINAYO, M. C. S. Op. cit.
36. FRANÇA, I. S. X.; PAGLIUCA, L. M. Op. cit., p. 182.
37. OLIVEIRA, M. A.; GOULART JUNIOR, E.; FERNANDES, J. M. Op. cit., p. 227.
38. FRANÇA, I. S. X.; PAGLIUCA, L. M. Op. cit., p. 182.
39. Ibid, p. 220.
40. Ibid, p. 226.
41. CAVALCANTE, F. G.; MINAYO, M. C. S. Op. cit.
42. PIOVESAN, F. Op. cit., p. 360.
43. PIOVESAN, F. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 47-48.
44. BOBBIO, N. Op. cit., p. 69.
45. Também é interessante destacar a Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardo Mental (1971) e os Princípios para a proteção de pessoas com doença mental e melhoria da assistência médica (1991), aquele adotado antes da Declaração sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência mas que por ser mais específico não é considerado o marco do sistema geral de proteção a estas.
46. MELLO, C. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª. edição. 16ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 11.
47. VITORIA, F. 1966. *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre*. Genève: Librairie Droz.
48. COMPARATO, F. K. 2001. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 2ª. edição. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1.
49. LAFER, C. Op. cit., p. 125.
50. SARLET, I. W. 2001. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª. edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado p. 51; PIOVESAN, F. Temas de Direitos Humanos. Op. cit., p. 251.
51. LAFER, C. Op. cit., p. 127; SARLET, I. W. Op. cit., pp. 51-52.
52. LAFER, C. Op. cit., p. 127.
53. PIOVESAN, F. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: perspectivas global e regional. Op. cit., p. 47-48; COMPARATO, F. K. Op. cit., p. 1.
54. BOBBIO, N. Op. cit., p. 69.
55. DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. 18th printing. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2001, p. 227.
56. JUBILUT, L. Os fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo: da Coexistência aos Valores Compartilhados. *V Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, n. 9, v. 2, 2010, p. 208.
57. JUBILUT, L.L. A proteção internacional do ser humano e as transformações no Direito Internacional In: VEÇOSO, F. F. C. (Coord.) *Direito Internacional em Contexto*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 179-209
58. PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* 12ª. edição. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011.
59. LAFER, C. Op. cit., p. 134.
60. JUBILUT, L. L. *Não Intervenção e legitimidade internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73.
61. SARLET, I W. Op. cit., pp. 48 e ss.
62. MELLO, C. Op. cit., p. 18.
63. TORRES, E. F.,; MAZZONI, A. A.; MELLO, A. G. Op. cit., p. 371.
64. Artigo 9: "A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural".
65. PIOVESAN, F. Temas de Direitos Humanos. Op. cit., p. 360.
66. ARAÚJO, L. D. O direito das pessoas com deficiência e as convenções internacionais. In: AMARAL JUNIOR, A.; JUBILUT, L.L. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. pp. 916-917.

67. VAN DYKE, V. Human rights without discrimination. *The American Political Science Review*, v. 67, n. 4, 1973, p. 1270.
68. PIOVESAN, F. Temas de Direitos Humanos. Op. cit., p. 250.
69. VAN DYKE, V. Op. cit., p. 1270.
70. Ibid, 1270.
71. MELLO, C. Op. cit., p. 17.
72. VAN DYKE, V. Op. cit., p. 1268.
73. JUBILUT, L. L. Direito das minorias. Op. cit.
74. A Organização Mundial da Saúde (WHO) aponta o número como, em 2005, sendo 600 milhões, dentre os quais 80% em países em desenvolvimento (*low-income*) (http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2005/pr_who07/en/). A ONU aponta que 20% da população mais pobre tem algum tipo de deficiência. Os números da ONU não apresentam data e encontram-se em uma página web denominada UN Enable (<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=18>).
75. JUBILUT, L. L. *Death penalty and mental illness: the challenge of reconciling human rights, criminal law and psychiatric standards*. Op. cit.
76. AMNESTY INTERNATIONAL, USA: The Execution of Mentally Ill Offenders - Summary Report, 2006. Disponível em <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR510022006>.
77. JUBILUT, L. L. *Death penalty and mental illness: the challenge of reconciling human rights, criminal law and psychiatric standards*. Op. cit., pp. 372 e ss.
78. ELIAS, M.P.; MONTEIRO, L.M.C.; CHAVES, C.R. 2008. Acessibilidade a benefícios legais disponíveis no Rio de Janeiro para portadores de deficiência física. *Ciência & Saúde Coletiva*, 13, n. 3, 2008, p. 1044.
79. VAN DYKE, V. Op. cit., p. 1270.
80. DWORKIN, R. Op. cit., pp. 70 e ss.
81. A obra de Dworkin traz explicações sobre todos os “tipos” de igualdade, sendo mencionada, portanto como referência para a categorização dos tipos e não no sentido de que ele adote ou defenda cada uma das categorias mencionadas.
82. DWORKIN, R. Op. cit., pp. 79 e ss.
83. QUARESMA, R. A pessoa portadora de necessidades especiais e sua inclusão social. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). 2008. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 929 e ss).
84. RAWLS, J. *A Theory of Justice* - revised edition. 6th printing, Cambridge, USA: Harvard University Press, 2003. pp. 118 e ss).

REPARATIONS AT THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: LESSONS FROM THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS



Miriam Cohen

Associate Legal Officer, International Court of Justice; Formerly legal researcher at the Appeals Chamber of the International Criminal Court; PhD candidate at the Grotius Centre for International Legal Studies, Leiden University; LL.M. Harvard Law School; LL.M. Cambridge University; LL.M. Université de Montréal; Barrister and Solicitor, Barreau du Québec.

1. INTRODUCTION

The right of victims to obtain reparation within the scope of international criminal proceedings is novel in international criminal law¹. The International Criminal Court (hereinafter: "ICC") broke new ground in international criminal law in going beyond the traditional framework of individual accountability and the punishment of perpetrators². The importance of the reparation provisions of the ICC was recognised by Pre-Trial Chamber I, when it stated in 2006 that "[t]he reparation scheme provided for in the Statute is not only one of the Statute's unique features. It is also a key feature. [...] the success of the Court is, to some extent, linked to the success of its reparation system."³

Much debate has surrounded the question of reparations at the ICC and how the Chambers therein would develop and apply principles of reparations⁴. It took some time after the beginning of the activities of the ICC before one of the Court's Chambers had to examine requests for reparation. Recently, however, Trial Chamber I has rendered the first decision of the ICC on the question of reparations⁵. The Parties, and the victims, as well as NGOs⁶ made submissions on principles of reparation, which were extensively summarised by the Chamber in its Decision on Reparations.

In this early stage of the development of applicable principles on reparations at the ICC, and the architecture of the jurisprudence of the Court thereon, it is important to reflect upon the kinds of questions with which the Court will have to grapple for purposes of examining requests of reparations. In this context, it is interesting to note

that the Parties and participants, as well as the Chamber itself, have referred to the jurisprudence of regional human rights courts, notably the Inter-American Court of Human Rights ("IACtHR") and the European Court of Human Rights, as well as other texts and documents dealing with the question of reparations under international law⁷. This is, in our opinion, a positive development. In its Decision on Reparations, Trial Chamber I recognised the relevance of the experience of human rights institutions, in stating that

"given the substantial contribution by regional human rights bodies in furthering the right of individuals to an effective remedy and to reparations, the Chamber has taken into account the jurisprudence of the regional human rights courts and the national and international mechanisms and practices that have been developed in this field."⁸

Against this background, in the present article, we examine how the concepts and practice developed at the IACtHR - a human rights Court with the richest jurisprudence pertaining to reparations, including in cases of massacres - could prove useful in the development of the reparations case-law of the ICC. While not intended to be exhaustive, the present article aims at shedding light on some interesting aspects of the case-law of the IACtHR that could prove useful in building the doctrinal foundations of the reparations jurisprudence of the ICC. The underlying rationale of this article is that much can be learned from a continuous dialogue among regional and international institutions committed with the promotion of international justice and the rule of law.⁹

II. AN OVERVIEW OF THE ICC REPARATIONS SCHEME AND THE FIRST REPARATION DECISION OF THE COURT

The cornerstone of the reparation scheme at the ICC is established pursuant to Article 75 of the Rome Statute. According to Article 75 (1) of the Rome Statute:

“1. The Court shall establish principles relating to reparations to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation. On this basis, in its decision the Court may, either upon request or on its own motion in exceptional circumstances, determine the scope and extent of any damage, loss and injury to, or in respect of, victims and will state the principles on which it is acting.”

Many questions remain open to date as to how this provision will be interpreted and what practical effects it will have for awards of reparation to victims. At this juncture, it is worth bearing in mind that, at the time of the writing of this article (2012), the “reparation system” within the ICC is still at a very embryonic stage since, as stated above, only one decision (the first of its kind at the ICC) on reparations has been rendered thus far, in the case of *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*.¹⁰

At this juncture, it is useful to examine briefly, this first Judgment of Trial Chamber I¹¹ concerning the principles to be applied as to the question of reparation and the procedure to be followed. In this Judgment, Trial Chamber I established principles relating to reparations and the approach to be taken to their implementation, and emphasized that the Decision on Reparations should not affect the right of victims in other cases. Then, the Chamber set out the principles on reparations, including the applicable law, the principles of dignity, non-discrimination and non-stigmatisation, the beneficiaries of reparations, accessibility and consultation with victims, principles relating to victims of sexual violence and child victims, the scope of reparations and the modalities thereof, the principle of proportional and adequate reparations, causation, standard and burden of proof, principles relating to the rights of the defence, questions relating to States and other stakeholders, as well as the publicity of the Principles established therein.¹² Interestingly, the Chamber has indicated that the convicted person, Mr. Lubanga Dyilo, has been declared indigent and that any symbolic reparation from him would need his agreement.¹³ In the operative paragraphs, the Trial

Chamber decided not to examine the individual applications for reparations and instructed the Registry to transmit to the Trust Fund for Victims all the individual applications forms received.¹⁴

In the author’s view, the Decision on Reparation discloses that the specifics of the case informed the establishment of the principles of reparation. An interesting aspect in this early stage is that it was Trial Chamber I, as opposed to the plenary of the Court, which established the principles upon which reparations in that specific case are to be assessed. This leads the present article to dwell upon the question of how the principles of reparation will be developed by the different Chambers of the Court. Should they be general principles that will be further developed in the jurisprudence of the Court? Should they be applicable to all cases so as to give certainty as to the modalities of reparation?

Within this framework, this article intends to provide some reasons as to why the Court should take into account the principles developed in the rich jurisprudence of the IACtHR, which, in addition to its vast experience and expertise on the subject of reparations, has often dealt with cases of massacres of entire communities and the reparation to be awarded in such cases.

Thus, although reparations within the context of an international criminal trial is a novel concept, which, as stated above,¹⁵ did not exist as such within other international criminal tribunals, much can be learned from the experience of other institutions, which have been dealing with similar cases referring to human rights violations and often mass atrocities.¹⁶ Furthermore, in our view, looking at other courts and tribunals,¹⁷ especially at the early stages of development of the principles and jurisprudence of the ICC on reparation will ensure the synergy between international courts and tribunals and will enrich the doctrinal foundations of decisions of the ICC.

III. INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS COURTS AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: DIFFERENCES AND SIMILARITIES

Much can be learned in terms of reparation for mass atrocities by looking to the jurisprudence of the IACtHR on this topic, considering its vast expertise and experience in the field. While this chapter will examine general principles of reparation that could inform the architecture of the reparation scheme of the ICC, focus will be on

cases of mass violations due to many common factors with international crimes and the fact that often mass violation of human rights amount to international crimes.¹⁸

There are some similarities between human rights systems and reparations within the framework set up in the ICC. For example, it has been noted that, although set up for the precise purpose of examining claims for reparation, human rights treaty bodies and human rights courts often suffer from limited budget and institutional constraints.¹⁹ Furthermore, by their very nature, these institutions have to grapple with the individualized nature of human rights complaints when dealing with broader mass atrocities.

As to the contrasts between the systems of reparation, some inherent differences seem to remain. For example, human rights reparations are awarded to victims (individual or collective reparation awards) against a State, rather than against individual perpetrators of international crimes. Furthermore, the aim of human rights systems is to examine claims of reparation against States for its failure to prevent, punish or protect, if applicable, to claimant victims, whereas reparation within an international criminal tribunal is a direct consequence of an international crime perpetrated by individual. Moreover, at the ICC award of reparations, pursuant to Article 75 of the Rome Statute, depend on the conviction of the alleged perpetrator.

As regards the forms of reparations and some principles followed for the award thereof, it is true that not all forms of reparation awarded on the basis of State liability can be transposed to international criminal proceedings. Nevertheless, the principles developed and learned expertise of these institutions may prove helpful to the conception of the principles of reparation at the ICC since the practice of such institutions can contribute insightful experiences to the building of a new system of justice which aims at retribution as well as restoration.²⁰

IV. THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS TRAILBLAZING JURISPRUDENCE ON REPARATIONS²¹

1) Historical background and introductory remarks

The IACtHR and the Inter-American Commission of Human Rights are the main organs of the Inter-American system of Human Rights which monitor the compliance of States Parties

with their obligations to the Inter-American Convention on Human Rights of 1979 (Pact of San José)²². This system of human rights protection appears as a response to the innumerable atrocities that have occurred in the Americas in the past centuries, and to the struggle of peoples against their governments.²³

Article 63 (1) of the Inter-American Convention concerning reparations provides as follows:

“1. If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party.”

The IACtHR, since its first proceedings, has developed and further refined its rich jurisprudence on reparations which elaborates on many concepts that are omnipresent in every system of reparation and which can be taken into account, it is argued, for the development of reparation principles within the ICC. Thus, the present study examines the jurisprudence of the Inter-American system of human rights through the lens of principles and concepts developed therein and which may shed light on similar notions at the ICC.

2) Who is entitled to receive reparation?

This is a key question concerning the award of reparation. The IACtHR has defined “victims” as persons whose rights have been violated.²⁴ A main feature of the jurisprudence of the IACtHR in this context is its broad conception of persons entitled to receive reparation; the Court developed the notion of “next of kin” which includes the immediate family of the victims, e.g. direct descendants, ascendants, siblings, spouses or permanent partners.²⁵ The development of the notion of “next of kin” as persons who may be eligible to reparation represents an enlargement of those who can receive reparation in addition to the direct victim of the violation for which reparation is awarded.²⁶ In this context, reparations were often awarded to spouses and children of the direct victim since the Court considered that as a result of the violations, these persons also suffered material and moral harm.²⁷

Thus, it stems clearly from the jurisprudence of the IACtHR that the award of reparation goes beyond the strict definition of who is a “direct vic-

tim" of the violation in question and also includes "indirect victims" who may have suffered harm as a consequence of the violation.²⁸ It goes without saying that the award of reparations is not automatic to all persons related to the victim, and the Court has established some criteria on the basis of which reparation may be awarded.²⁹

At this juncture, it is also worth mentioning that the Court took a flexible approach in cases where the victim could not be found (for example, in cases of forced disappearances and massacres), surviving persons could obtain reparation, thereby considering as victims not only those who were killed or forcefully disappeared, but also those displaced as a result.³⁰

Another interesting aspect of the jurisprudence of the IACtHR which could shed some light on the development of the jurisprudence of the ICC relates to the identity of a victim. In cases related to indigenous groups, for example, the Court established that when no identity document is available, a declaration which is made to the competent authority can be used to determine the identity of the victim.³¹

Thus, it can be seen from the jurisprudence of the IACtHR referred to herein that the Court has adopted an approach concerning persons entitled to receive reparation which goes beyond the strict concept of who is qualified as a victim within the system. The Court has recognized the inconvenient truth: that human rights violations generally harm persons beyond the direct victim and that such individuals must be considered victims for the purposes of claiming and potentially receiving reparations.³²

These are important lessons which ought to be kept in mind, in spite of the inherent differences that exist between both systems of reparations, for the devising of reparation principles within the ICC. In the context of international crimes, where the consequences thereof go beyond the direct victims³³ of the crime, affecting families and communities, it is fundamental, in our view, that the ICC does not take a very formalistic or inflexible approach as to the persons who can receive reparation.

3) Assessment of harm

The IACtHR has produced a very rich jurisprudence concerning the definition and classification of damage.³⁴ According to the Court, moral damage is the psychological impact on a victim or his/her family members as a consequence of the

violations of the rights and freedoms guaranteed by the Convention.³⁵ Such type of damage has been considered to include changes and deterioration of the standard of living of the victims and eventual financial difficulties or family disintegration.³⁶

An important remark about the jurisprudence of the IACtHR in this respect is that the Court has relied on some assumptions as regards the proof of immaterial damages and has taken decisions on this basis which stem from the gravity of the violations.³⁷ For example, the Court found that aggression and abuses are the important causes of moral suffering and that no evidence is necessary to arrive at such conclusion.³⁸

This is a particularly relevant consideration to be borne in mind when developing and applying the principles of reparations for the ICC which concerns the aftermath of international crimes and where the gravity of the breach of international law is inherently present, and moral harm pertaining to the consequences of conflicts and wars is often difficult to adduce.

The use by the IACtHR of concepts of judicial fairness and equity, both in the decision to award moral damages as well as in the quantification of the damages, is worth taking into account also in the context of ICC reparations, as the latter may have to make a decision as to the award of reparation in contexts, where for example, there is a lack of substantial evidence. In our view, it should not be overly formalistic to the detriment of the victim.³⁹

As to material damages, these concern the negative impact of the violations on the victim's earnings or the expenses resulting from the violations.⁴⁰ In this context, the Court has also applied numerous assumptions as regards loss of future income and has made awards based on the principle of fairness.⁴¹ The Court has also found that the Judgment itself can constitute a form of reparation for material damages, as it will be discussed below.⁴²

At this juncture, it is worth mentioning the notion of damage to the "proyecto de vida", a concept developed by the IACtHR, which concerns a long-term reduced ability to benefit from life in light of the altered circumstances as a consequence of the violation.⁴³

These approaches by the IACtHR as to the assessment of damages may provide interesting insights for the route of the ICC as regards the assessment of evidence of damage and causation as well as the method of quantification of damages.

4) Collective reparations

This article now addresses the issue of collective reparations before the IACtHR, a point which may prove very pertinent for the award of reparations at the ICC, where there may be numerous victims in a case or a situation and that individualized reparations to individual victims may be a rather difficult task in reality.

Again, the jurisprudence of the IACtHR has been a pioneer in this area.⁴⁴ While establishing that the award of collective reparation entails direct damage to individual victims,⁴⁵ in several cases collective reparations to entire communities were awarded. These cases dealt with massacres of entire communities, as illustrated, for example, in the *Plan de Sanchez Massacre* case, which concerned a massacre to a Mayan village by the Guatemalan army. The massacre almost completely destroyed the village. During the massacre, women were raped, tortured and assassinated; children were beaten to death.⁴⁶ The Court heard the testimony of survivors of the massacre and experts about the impact of the crimes on the community as a whole. The Court recognized in its Judgment the consequences of violence and extermination towards women for a community. The Court, while recognizing that it could not award reparation to victims who were not individually indicated, decided to give reparation to the communities where the victims used to live.⁴⁷ Furthermore, this case is also interesting in that the Court considered the loss of traditions and cultural values (due to the death of those members of the community who transmitted such values) and it qualified such losses as grounds for the award of moral damages.⁴⁸

These findings of the IACtHR can be enlightening to the ICC, which will likely have a similar task of awarding reparations in the context of massacres, where many victims cannot be individually singled out. Similarly, the ICC may also have to grapple with having to award reparations for crimes such as mass rape, extermination and torture; in this context, like the IACtHR experience demonstrates, in our view, the ICC should take into account the impact of certain types of violations on the entire community where the victims come from.

The experience of the IACtHR may also prove useful as to the kinds of collective reparation that can be awarded. The Court has awarded various kinds of collective reparations in its jurisprudence, for example:⁴⁹ the creation of a project for the entire community to provide potable water

and sanitary infrastructure;⁵⁰ establishment of a community fund for specific projects for education, health, housing, and agriculture for members of the indigenous tribe affected;⁵¹ educational grants for the population affected by the violation;⁵² setting in place safety measures for displaced persons in case they decide to return to their villages;⁵³ public apology and acknowledgment by the State to the community where the human rights violations took place;⁵⁴ the building of memorials as a means to prevent the reoccurrence of such serious violations;⁵⁵ setting up courses in human rights;⁵⁶ among others.

This list of collective reparations is of course not exhaustive; the jurisprudence of the IACtHR is not exhaustive either, as there are other types of collective reparations that can be awarded in cases of massacres.⁵⁷ The point to be taken from these examples of collective reparations, awarded in cases of massacres, is the open and creative attitude of the Court to award reparations that are unique to fit the violation with which it is seized. The lesson to be learned, in our view, is that the overwhelming task of assessing claims of reparation for massive human rights violations has not stopped the Court from awarding significant redress to victims.

5) Types of reparation

We claim that reparations for massive atrocities have to take into account the perspective of the victim and it should include a holistic approach to reparations, bearing in mind the goal and types of reparations that can be awarded.

One of the main critiques of the reparations provisions at the ICC, is that the accused may not have any financial resources at the end of the trial to pay reparations to victims.⁵⁸ This criticism can be easily rebutted if one takes a broader approach of what it mean to “repair” the harm caused. In this section, we examine the jurisprudence of the IACtHR as regards the forms of reparations that have been awarded to victims of human rights violations. The aim of this section is not to be exhaustive, but rather to demonstrate that the mandate of the Court to award reparations is much more encompassing than the translation of reparations into a sum of money.⁵⁹ This understanding has guided the IACtHR in the development of its jurisprudence on reparation for human rights violations.⁶⁰

The IACtHR has taken a broad approach to reparations and has referred to the concept of “full reparation”. In this perspective, it went beyond

pecuniary reparations⁶¹ and has awarded reparations in the form of restitution,⁶² rehabilitation,⁶³ satisfaction and guarantee of non-repetition,⁶⁴ reparations of symbolic or emblematic nature, going beyond individual victims and having an impact on the community in which the victim belongs.

An example of the diversity in forms of reparations ordered by the Court is illustrated in the *Villagrán Morales and Others* case ("*Ninõs de la Calle*").⁶⁵ In addition to indemnification for moral and material damage, the Court ordered a change in legislation to conform with Article 19 of the American Convention, the transfer of the mortal remains of one of the assassinated children and its exhumation in the place chosen by his family members, the designation of an educational centre with an allusive name of the victimized children and bearing a plate of the five victims as well as the investigation of the facts and punishment of those responsible.⁶⁶ This case demonstrates, in our view, the approach of the Court to take the perspective of the victim in the award of reparations, their needs and their wishes.

Moreover, the IACtHR has awarded reparations to victims consisting of sums of money as well as relying on positive obligations by the State. For example, in the *Bulacio v. Argentina* case,⁶⁷ which concerned the detention and killing of a teenager by the police, the Court ordered in addition to the financial compensation, also the continuation of investigation in the case, and the adoption of legislative and other measures in order to ensure the non-repetition of the violation.⁶⁸

Significantly, the Court has acknowledged that the right to truth⁶⁹ is also a form of reparation.⁷⁰ It has ordered, in this respect, *inter alia*, "the translation of the American Convention and Judgments into the language of the victims ... [and] that these be widely disseminated among the victims of violations and the Judgments are published in official journals and newspapers with national circulation."⁷¹ In addition to the right to truth, apology, public acknowledgement and acceptance of responsibility are also recognized by the Court as fundamental forms of reparation.⁷² The IACtHR and the Inter-American Commission have also acknowledged that a Judgment of the Court in this respect provides a form of reparation.⁷³ Certainly, as the IACtHR itself has recognized, in cases of human rights violations the Judgment alone may fail to fully do justice to victims.⁷⁴ The point, however, is that the focus should not always be on pecuniary reparation.

In this sense, in line with the findings of the IACtHR and the Inter-American Commission that the right to truth is a form of reparation,⁷⁵ the ICC is already contributing to restoration and reparation within its activities, by investigating situations and cases, by outreaching to communities and victims and by revealing certain acts as criminal.

In this light, it is submitted that the reparation scheme at the ICC can have much potential if a broad conception of reparation is taken. Examples from the jurisprudence of the IACtHR can prove very helpful to develop the jurisprudence of the ICC in this regard. In fact, in bringing offenders and victims together, and getting a step closer to restoring communities after atrocities are committed, reparation should go beyond paying a sum of money.

6) Application of the jurisprudence of the IACtHR in the ICC context

Many kinds of reparations in international human rights courts can only be ordered against a State, as opposed to individual perpetrators. Nevertheless, the review of collective reparations awards and other forms of reparations serve at least two purposes. First, it shows that reparation may take various forms, and is not limited to purely awarding sums of money, and that creativity has its place when awarding reparations for acts which are difficult to repair. Secondly, principles of reparation may be distilled from these examples and guide the Court as well as the Trust Fund for Victims in their mandate.

As ICC Trial Chamber Judge Odio Benito stated, the jurisprudence of the IACtHR "offers evidence of the complementarity between international human rights law and international criminal law."⁷⁶ As stated above, it is argued that international criminal law, like other branches of international law should not develop in a vacuum, without taking into account principles and the practice devised and applied in other areas of international law.⁷⁷

As stated above, the assessment and award of reparations for victims within the international criminal proceedings is a new phenomenon in international criminal law. This is all the more reason for learning lessons from institutions that have experience in the domain and proven expertise. It goes without saying that the necessary adaptations need to be put in place as there are inherent differences between the two fields

of international law. It remains, nevertheless, in our view, that much can be learned and borrowed from the jurisprudence of the IACtHR in regard to reparations, especially those related to cases of massacres.

As to formal criteria for utilizing international human rights principles and jurisprudence to inform the ICC framework for reparations for victims, one first needs to inquire into the legal applicability of the former within the Rome Statute “applicable law”.

Article 21 of the Rome Statute establishes the applicable law at the International Criminal Court:

“1. The Court shall apply:

(a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence;

(b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict;

(c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.

2. The Court may apply principles and rules of law as interpreted in its previous decisions.

3. The application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights, and be without any adverse distinction founded on grounds such as gender as defined in article 7, paragraph 3, age, race, colour, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or other status.”⁷⁸

As it can be perceived, where appropriate, the Court may apply principles and rules of international law (Article 21 (1) (b)). Thus, it could be argued, on a first read, that this provision grants the legal basis for the application of principles of international human rights law, as developed by the jurisprudence of international human rights courts, within the proceedings in the International Criminal Court.

This provision should however be read in light of the 2006 Judgment of the Appeals Chamber, whereas it stated that such sources of law can only be applied when there is a gap in the Rome Statute.⁷⁹ Furthermore, in its previous Judgment of 13 July 2006, the Chamber explained that the sources cited in Article 21 (1) (b) and (c) are subsidiary sources and thus cannot be applied so as to create procedures other than those included in the Statute and the Rules of Procedure and Evidence.⁸⁰

It remains however that Article 21 (3) may potentially have a broad effect on the application of principles of international human rights jurisprudence to the work of the Court, in particular in relation to reparations. This provision states that the application and interpretation of the law as stated in Article 21 of the Rome Statute, “must be consistent with internationally recognized human rights...” As expected, this provision has been much commented upon.⁸¹ One author has pondered that Article 21 (3) “provides a standard against which all the law applied by the court should be tested. This is a sweeping language, which, as drafted, could apply to all three categories in Article 21.”⁸²

As to the interpretation of Article 21 (3), in its Judgment of 13 July 2006, the Appeals Chamber stated that the Rome Statute, being a treaty itself, is to be interpreted in accordance with Articles 31 and 32 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*.⁸³

As the Preamble of the Statute recalls, “during this century millions of children, women and men have been victims of unimaginable atrocities that deeply shock the conscience of humanity”. The Appeals Chamber, in its Judgment of 14 December 2006, dwelled further upon this provision. According to the Chamber:

“Article 21 (3) of the Statute stipulates that the law applicable under the Statute must be interpreted as well as applied in accordance with internationally recognized human rights. Human rights underpin the Statute; every aspect of it, including the exercise of the jurisdiction of the Court. Its provisions must be interpreted and applied in accordance with internationally recognized human rights; ...”⁸⁴

Be that as it may, even if the Court is not required *per se* to refer to principles developed by the human rights courts and bodies, such reference may prove very useful and insightful in many respects. For instance, as illustrated above, the jurisprudence of human rights courts provi-

de many examples of types of reparation awarded to victims, a well-developed practice of awarding collective reparations and could also provide useful guidelines for defining those who can receive reparation and the notion of harm.

There are examples of Judgments and decisions of the ICC Chambers where reference was made to the jurisprudence of regional human rights courts to assist in the definition of some terms, such as “victim” and “harm”. Such reference to the case-law of the IACtHR, if applicable, will of course have to be adapted to the circumstances of each case and will need to take into consideration the differences that exist between the two systems (see above). Nevertheless, it remains that such jurisprudence may serve as trailblazers to some of the difficult questions the Court will be concerned with in the years to come.

As to the significance of the jurisprudence of the IACtHR to the development of principles and practice of the ICC, in our view, there are numerous ways in which the former can inform and, to a certain extent, influence the latter. First and foremost, we are of the opinion that a great contribution of such jurisprudence is the creativity and holistic approach to reparations. As Judge Cançado Trindade, former President of the IACtHR has posited, in one of his Separate Opinions therein,

“... one ought to focus the whole theme of the reparations of violations of human rights as from the integrality of the personality of the victims, discarding any attempt of mercantilization - and the resulting trivialization - of such reparations. It is not a question of denying importance to the indemnizations, but rather of warning for the risks of *reducing* the wide range of reparations to simple indemnizations. It is not by mere chance that contemporary legal doctrine has been attempting to devise distinct *forms* of reparation - *inter alia*, *restitutio in integrum*, satisfaction, indemnizations, guarantees of non- repetition of the wrongful acts - *from the perspective of the victims*, so as to fulfill their needs and claims, and to seek their full rehabilitation. (...) I am not at all convinced by the ‘logic’ - or rather, the lack of logic - of the *homo oeconomicus* of our days, to whom, amidst the new idolatry of the god-market, everything is reduced to the fixing of compensation in the form of amounts of indemnizations, since in his outlook human relations themselves have - regrettably - become commercialized. Definitively, to the integrality of the personality of the victim corresponds an *integral* reparation for

the damages suffered, which is not at all reduced to the reparations for material and moral damages (indemnizations). (...) Article 63(1) of the American Convention, on the contrary, renders it possible, and requires, that reparations be enlarged, and not reduced, in their multiplicity of forms. The fixing of reparations ought to be based on the consideration of the victim as an integral human being, and not on the degraded perspective of the *homo oeconomicus* of our days. (...)”⁸⁵

In our view, this is an important point that goes to the heart of critiques to reparations within the ICC. As discussed above, one of the main challenges of awarding reparations within the context of an international criminal trial, in the aftermath of mass atrocities, and against individual perpetrators pertain to practical considerations. The first often mentioned is the concern that the individual perpetrator may not have the financial ability to pay compensation. Nevertheless, at this juncture, it is important to state clearly that such concern, in our view, misses the point. It misses the point because it is grounded on a potentially flawed premise: the idea that reparations need to be monetary⁸⁶ and that such form of reparation would be a necessary means to provide “justice for victims”. As it has been stated:

“Monetary damages can provide funds for basic necessities. But commentators note that many civil plaintiffs want an apology above all else, and frequently only file a lawsuit when unsuccessful in obtaining one. Several observe that cash damages are often “much less important than emotional or symbolic reparation.” for litigants. Monetary compensation does not aptly address a person’s need for “dignity, emotional relief, participation in the social polity, or institutional reordering.”⁸⁷

Bearing this consideration in mind, the practice of the IACtHR can prove useful in its efforts to hear the victims and not to focus solely on monetary compensation awards. Borrowing this idea, and applying it to ICC reparation proceedings, it can address the criticism that reparation awards may not be enforceable against a convicted person if he or she does not have financial resources to honour the award.

The reparation phase of proceedings is, more than any other phase, about the victim, his/her suffering and how an award may redress such suffering. In this context, it is important to take victims’ views into account. For instance, it has been argued that the IACtHR’s approach to reparation

as not limited to monetary awards has been viewed positively and is constructive with victims.⁸⁸ In this regard, it has been noted that, for example, Mr. Cantoral Benavides, a victim in a case heard by the IACtHR, claimed that the state apology ordered by the Court was a “triumph” to him.⁸⁹

In conclusion, in our view, one of the most important contribution of principle that the jurisprudence of the IACtHR can provide to the building of a solid jurisprudence at the ICC, is the idea that harm caused must be accompanied by due reparation to the victim; the inclusion of the victim in the centre of the justice process; and the creativity exercised by the Court to award reparation even in cases where such an award is neither intuitive nor an easy task. This lesson should be borne in mind when the ICC Judges are to give life to the grandiose task of trying and punishing the accused while also including victims in the process and delivering justice.

CONCLUSIONS

It seems that, at the current print of international law, the civil and criminal dimensions of justice are not completely dissociated, they go in fact hand-in-hand: an international crime or

a gross human rights violation may entail both the prosecution and eventual punishment of the offender as well as the right of the victims to seek and obtain reparation. Significantly, the right of victims to obtain reparation has transcended the realm of international human rights law and is contemporarily also recognized in international criminal law,⁹⁰ demonstrating the doctrinal interconnectedness of the fields of international human rights law and international criminal law.

Although the ICC is an international criminal court, its mandate is a noble, yet ambitious, one: it includes perspectives for offenders, victims and the broader international community. The rights of victims are recognized in the founding documents of that institution and the ICC should live up to its grand task. Our claim is that international courts and tribunals, and international law in general, should work in synergy, one feeding off of the other, and ensuring a fertilization and integration of systems.⁹¹ Within that framework, as this article has argued, there are many lessons that can be learned from the experience of the IACtHR in cases of reparation, as the first Decision of the ICC concerning reparations attests to.⁹²

NOTAS

1. Cf. Conor McCarthy, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2012, p. 34.
2. See e.g., in the case of ICTY, *Prosecutor v. Obrenović*, Trial Chamber, "Sentencing Judgment", 10 December 2003, IT-02-60/2-S, the Trial Chamber observed that: "Individual accountability for the crimes committed and commensurate punishment is the aim of criminal proceedings involving such grave crimes."
3. ICC, Pre-Trial Chamber I, "Corrigendum of Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58", 10 February 2006, ICC-01/04-01/06-1-US-Exp-Con, para. 150 (footnotes omitted).
4. See e.g., Carla Ferstman, "The Reparation Regime of the International Criminal Court: Practical Considerations", 15 *Leiden Journal of International Law* 667 (2002); Liesbeth Zegveld, "Victims' Reparations Claims and International Criminal Courts", 8 *Journal of International Criminal Justice* 79 (2010); Marc Henzelin *et al.*, "Reparations to Victims Before the International Criminal Court: Lessons from International Mass Claims Processes", 17 *Criminal Law Forum* 317 (2006); Gilbert Bitti and Gabriela Gonzales Rivas, *The Reparations Provisions for Victims Under the Rome Statute of the International Criminal Court in Redressing Injustices Through Mass Claims Processes: Innovative Responses to Unique Challenges* (2006).
5. ICC, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations", 7 August 2012, ICC-01/04-01/06 (hereinafter: "Decision on Reparations"). At the time of the writing of this article, the Decision on Reparations has been appealed before the Appeals Chamber: Defence, "Acte d'appel de la Défense de M. Thomas Lubanga à l'encontre de la 'Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparation' rendue par la Chambre de première instance I le 7 août 2012", 6 September 2012, ICC-01/04-01/06; Legal Representatives of Victims, "Acte d'appel contre la 'Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparation' du 7 août 2012 de la Chambre de première instance I", 3 September 2012, ICC-01/04-01/06; Office of Public Counsel for Victims and Legal Representatives of Victims, "Acte d'appel à l'encontre de la 'Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparation' délivrée par la Chambre de première instance I le 7 août 2012", 24 August 2012, ICC-01/04-01/06-2909.
6. Decision on Reparations, pp. 8-62.
7. See e.g., *ibid.*, para. 186 and footnote 377.
8. *Ibid.*
9. See in this regard, Antônio Augusto Cançado Trindade, "State responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice", *Inaugural Address as Honorary Professor to the Chair in "International and Regional Human Rights Courts"*, 10 November 2011 at Utrecht University, pp. 57-65.
10. It is to be noted that at the time of the writing of this article, a second trial before the ICC, in the case of *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, is at a very advanced stage, and reparations proceedings may follow the final Judgment in the case.
11. Upon the delivery of the first Judgment of the Court in the case of the *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, on 14 March 2012, Trial Chamber I issued a scheduling order on, *inter alia*, the issue of reparations which asked the Parties and participants to make submissions on the following questions relating to reparations:
 - "i) whether reparations should be awarded on a collective or an individual basis (see Rule 97(1) of the Rules);
 - ii) depending on whether there should be individual or collective reparations (or both), to whom are they to be directed; how harm is to be assessed; and the criteria to be applied to the awards;
 - iii) whether it is possible or appropriate to make a reparations order against the convicted person pursuant to Article 75(2) of the Statute;
 - iv) whether it would be appropriate to make an order for an award for reparations through the Trust Fund for Victims pursuant to Article 75(2) of the Statute; and
 - v) whether the parties or participants seek to call expert evidence pursuant to Rule 97 of the Rules",
 ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo Scheduling order concerning timetable for*

- sentencing and reparations*, ICC-01/04-01/06-2844, 14 March 2012, para. 8.
12. Decision on Reparations, pp. 64-85.
 13. *Ibid.*, para. 269.
 14. *Ibid.*, para. 289 (b).
 15. See above, pp. 1-3.
 16. On the question of the litigation of mass atrocities at the IACtHR, see e.g. Antônio Augusto Cançado Trindade, "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones", in *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2011, p. 313-340.
 17. Cf., Lutz Oette, "Bringing Justice to Victims? Responses of Regional and International Human Rights Courts and Treaty Bodies to Mass Violations", in *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, Nijhoff, 2009, pp. 217-242. See also, Edda Kristjánsdóttir, "International Mass Claims Processes and the ICC Trust Fund for Victims", in *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, Nijhoff, 2009, pp. 167-196.
 18. See e.g. the crime of torture, which is considered a violation of human rights, which has been dealt with in many instances by human rights courts, and also amounts to an international crime, see e.g. Article 7 of the Rome Statute.
 19. See e.g. *Annual Report of the European Court of Human Rights*, 2006, Foreword by Jean Paul Costa, President of the European Court of Human Rights, at p. 5 et seq.
 20. There aren't many studies, at the time of the writing of the present article, which examine how the jurisprudence and principles developed by regional human rights courts, and notably the IACtHR, could inform the interpretation of the ICC provisions on reparations. I am very thankful to the following contributions, which have provided insightful guidance in writing the present article: Antônio Augusto Cançado Trindade, *op. cit.*, note 17; Elizabeth Odio Benito, "Development and Interpretation of Principles of Reparation: the Case Law of the IACHR and its Possible Contributions to the Jurisprudence of the ICC", in *Protecting Humanity*, Nijhoff, pp. 571-594. See also, Thomas Antkowiak, "An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice", *Stanford Journal of International Law*, 2011.
 21. On the importance of the jurisprudence of the IACtHR to the development of a rich jurisprudence on reparations for human rights violations, see Ph. Weckel, "La justice internationale en le soixantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme", 113 *Revue générale de Droit international public* (2009), pp. 14-17.
 22. Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969 (hereinafter: "the Inter-American Convention").
 23. For an account of civil wars and dictatorships in Latin America in the past, see e.g. P. H. Lewis, *Authoritarian Regimes in Latin America: Dictators, Despots, and Tyrants*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2005.
 24. Cf. e.g. ICtHR, *Amparo v. Venezuela*, Reparations Judgment, 14 September 1996, para. 40.
 25. See IACtHR, *Garrido Baigorria v. Argentina*, Reparations Judgment, 27 August 1998, para. 50.
 26. IACtHR, *Juan Humberto Sanchez v. Honduras*, Judgment, 7 June 2003, para. 155; IACtHR, *Lopez Alvarez v. Honduras*, Judgment, 1 February 2006, para. 120.
 27. *Ibid.* See also, Elizabeth Odio Benito, *op. cit.*, note 21, p. 577.
 28. IACtHR, *Case Garrido and Baigorria v. Argentina* (Reparations), Judgment of 27 August 1998, Series C No 39, paras. 62, 63; IACtHR, *Case of Blake v. Guatemala*, Judgment of 22 January 1999, para. 37; IACtHR, *Case Bámaca Velásquez v. Guatemala* (Reparations), Judgment of 22 February 2002, Series C No 91, paras. 33-36; IACtHR, *Case Aloboetoe v. Suriname* (Reparations), Judgment of 10 September 1993, Series C No 15, para. 71; IACtHR, *Case Panel Banca v. Guatemala* (Reparations), Judgment of 25 May 2001, Series C No 76, para. 85, 86; IACtHR, *Case of Street Children v. Guatemala* (Reparations), Judgment of 26 May 2001, Series C No 77, para. 68; IACtHR, *Case Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, Series C No 9, Judgment of 7 June 2003, para. 152; IACtHR, *Case Loayza Tamayo v. Peru* (Reparations), Judgment of 27 November 1998, Series C No 42, para. 92.
 29. See IACtHR, *Case Aloboetoe v. Suriname* (Reparations), Judgment of 10 September 1993, Series C No 15, paras 67, 68.

30. IACtHR, *Case of Acosta Calderon v. Ecuador*, Judgment of 24 June 2005, para. 154 and IACtHR, *Case of Mapiripan Massacre v. Colombia*, Judgment of 15 September 2005, para. 256. Cf., Elizabeth Odio Benito, *op. cit.*, note 21, p. 577.
31. IACtHR, *Case of Moiwana v. Suriname*, Judgment of 15 June 2005, paras. 117 and 178; IACtHR, *Case of Massacre of Plan de Sanchez, Reparations Judgment*, 19 November 2004, para. 62.
32. IACtHR, *Case of Caracazo v. Venezuela*, Reparations Judgment of 29 August 2002, paras. 63-73.
33. Rule 85 of the Rules of Procedure and Evidence of the ICC provides the following definition of victims:
 “For the purposes of the Statute and the Rules of Procedure and Evidence:
 (a) ‘Victims’ means natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court;
 (b) Victims may include organizations or institutions that have sustained direct harm to any of their property which is dedicated to religion, education, art or science or charitable purposes, and to their historic monuments, hospitals and other places and objects for humanitarian purposes.”
34. Elizabeth Odio Benito, *op. cit.*, note 21, p. 579.
35. IACtHR, *Case of Velasquez-Rodriguez v. Honduras*, Judgment of 21 July 1989, para. 51.
36. IACtHR, *Case of La Rochela Massacre v. Colombia*, Judgment of 11 May 2007, paras. 262, 263, 264.
37. See e.g., IACtHR, *Case of Mapiripan Massacre v. Colombia*, Judgment of 15 September 2005, para. 267; IACtHR, *Case of Villagrán Morales et al v. Guatemala, Street Children Case (Reparations)*, Judgment of 26 May 2001, Series C No 77, para. 79 [“in view of the lack of precise information on the real earnings of the victims, [the Court] should use the minimum wage for non-agricultural activities in Guatemala as a basis”]; IACtHR, *Case of Caracazo v. Venezuela, (Reparation)*, Judgment of 29 August 2002, Series C No 95, para. 88 [in the absence of detailed or reliable information, the reference for the Court was the minimum wage in national law]; IACtHR, *Case of Panel Blanca v. Guatemala (Reparations)*, Judgment of 25 May 2001, Series C No 76, paras. 116-117 [in the absence of detailed or reliable information, the reference for the Court is the minimum wage in national law]; IACtHR., *Castillo Páez v. Peru (Reparations)*, Judgment of 27 November 1998, Series C No 43, para. 75 [in the absence of detailed information, the reference for the Court was the minimum wage in national law]; IACtHR, *Case of Neira Alegría et al. v. Peru (Reparations)*, Judgment of 19 September 1996, Series C No 29, paras. 49-52 [the Court determined the loss of income “for reasons of equity and in view of the actual economic and social situation of Latin America”]; IACtHR, *Case of Maritza Urrutia v. Guatemala*, Judgment of 27 November, 2003, Series C No 103, paras. 158-159 [the Court determined the loss “in fairness”]; IACtHR, *Case of Suárez Rosero v. Ecuador (Reparations)*, Judgment of 20 January 1999, Series C No 44, paras. 66 and 99; IACtHR, *Case of Cantoral Benavides v. Peru*, Judgment of 3 December 2001, Series C No 88, para. 51.
38. IACtHR, *Case of Garrido Baigorria v. Argentina*, Reparations Judgment of 27 August 1998, para. 49; IACtHR, *Case of Loaiza Tamayo v. Peru*, Reparations Judgment of 27 November 1998, para. 138; IACtHR, *Case of La Rochela Massacre v. Colombia*, Judgment of 11 May 2007, para. 256; IACtHR, *Case of La Cantuta v. Peru*, Judgment of 29 November 2006, para. 217.
39. In some cases, the IACtHR decided on the basis of equity and guided by principles of fairness, for example: IACtHR, *Case of Bámaca Velásquez v. Guatemala (Reparations)*, Judgment of 22 February 2002, Series C No 91, para. 54 (a); IACtHR, *Case of Goiburú et al. v. Paraguay (Merits, Reparations and Costs)*, Judgment of 22 September 2006, Series C No. 153, para. 156; IACtHR, *Case of Caracazo v. Venezuela (Reparations and Costs)*, Judgment of 29 August 2002, Series C No 95, para. 94 [N.B. the Court established non-pecuniary damage *inter alia* “through reasonable application of judicial discretion and in terms of fairness”]; IACtHR, *Case of Ituango Massacre v. Colombia (Merits, Reparations and Costs)*, Judgment of 1 July 2006, Series C No. 148, para. 380; IACtHR, *Case of Neira Alegría et al. v. Peru (Reparations)*, Judgment of 19 September 1996, Series C No 29, paras. 49-52 [the Court determined the loss of income “for reasons of equity”]; IACtHR, *Case of Cantoral Benavides v. Peru*, Judgment of 3 December 2001, Series C No 88, para. 62; IACtHR, *Case of Yvon Neptune v. Haiti*, Judgment of 6 May 2008, Series C No. 180, para. 168 [the amount of compensation for moral damage was based on equity].

40. IACtHR, *Case of Acevedo Jaramillo and others v. Peru*, Judgment of 7 February 2006, para. 301.
41. IACtHR, *Case of Molina Theissen v. Guatemala*, Reparations Judgment of 3 July 2004, para. 57.
42. See IACtHR, *Case of La Cantuta v. Perú*, Judgment of 29 November 2006, para. 162.
43. See e.g. IACtHR, *Case of Cantoral Benavides v. Peru, Judgment of 3 December 2001 (Reparations)*, para. 80; IACtHR, *Case of Loayza-Tamayo v. Peru, Judgment of 27 November 1998 (Reparations and Costs)*, para. 147. See also C. Droege, "El derecho a interponer recursos y a obtener reparación por violaciones graves de los derechos humanos: guía para profesionales", *2 Serie de guías para profesionales*, 2007, pp. 141-142; S.G. Ramírez, "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", in *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI: tomo I* (San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001), pp. 150-152.
44. Elizabeth Odio Benito, *op. cit.*, note 21, p. 584.
45. IACtHR, *Case of Aloeboetoe v. Suriname*, Reparations Judgment of 10 September 1993, para. 83.
46. IACtHR, *Case of Massacre of Plan de Sanchez v. Guatemala*, Reparations Judgment of 19 November 2004.
47. IACtHR, *Case of Massacre of Plan de Sanchez v. Guatemala*, Reparations Judgment of 19 November 2004, para. 62.
48. IACtHR, *Case of Massacre of Plan de Sanchez v. Guatemala*, Reparations Judgment of 19 November 2004, paras. 12-49. See also, J. J. Rojas Báez, "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos", *92 American University International Law Review* 2007-2008, p. 110.
49. See in this regard, Elizabeth Odio Benito, *op. cit.*, note 21, p. 586.
50. IACtHR, *Case of YakyeAxa v. Paraguay*, Judgment of 17 June 2005, paras. 205-206.
51. *Ibid.*
52. IACtHR, *Case of Barrios Altos v. Peru*, Reparations Judgment of 30 November 2001, para. 43.
53. IACtHR, *Case of Mapiripan Massacre v. Colombia*, Judgment of 15 September 2005, para. 313.
54. *Ibid.*, para. 314.
55. IACtHR, *Mapiripan Massacre v. Colombia*, Judgment of 15 September 2005, para. 315.
56. *Ibid.*, para. 316.
57. See e.g. Elizabeth Odio Benito, *op. cit.*, note 21, p. 586, who claims that: "... until now, these collective reparations do not include specific reparations for women survivors of sexual violence such as gynaecological clinics, HIV treatment programs, stigma-sharing programs, preventive campaigns on violence against women, etc."
58. See e.g. Saul Levmore, "Reparations in the Wake of Atrocities: A Plan for Encouraging Participation by Governments", *Human Rights and International Criminal Law Online Forum*, Invited experts on reparations question, available at: <http://uclalawforum.com/reparations#Levmore>
59. See in this regard, Antônio Augusto Cançado Trindade, *op. cit.*, note 17, p. 316.
60. Antônio Augusto Cançado Trindade, *op. cit.*, note 17, p. 316
61. See IACtHR, *Case of Loayza Tamayo v. Peru*, Reparations Judgment of 27 November 1998, para. 124.
62. See e.g. IACtHR, *Case of Velazquez Rodriguez v. Honduras*, Reparations Judgment of 21 July 1989.
63. See e.g. IACtHR, *Case of Barrios Altos v. Peru*, Reparations Judgment of 30 November 2001, para. 42.
64. See e.g. IACtHR, *Case of Villagrán Morales et al v. Guatemala, Street Children Case (Reparations)*, Judgment of 26 May 2001, Series C No 77.
65. *Ibid.*
66. *Ibid.*
67. Judgment of September 18, 2003, (Merits, Reparations and Costs).
68. C.f. also, Antônio Augusto Cançado Trindade, "The Inter-American System of protection of Human Rights (1948-2009): Evolution, Present State and Perspectives", in *Dossier Documentaires/Documentary File- XL Session d'Enseignement* (2009), Tome II, Strasbourg, IIDH, 2009, p. 102.
69. See *Revised final report of the Special Rapporteur on the question of impunity of perpetrators*

of human rights violations (civil and political), 2 October 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, para. 19, where the Inter-American Commission on Human Rights stated that: "Every society has the inalienable right to know the truth about past events, as well as the motives and circumstances in which aberrant crimes came to be committed, in order to prevent repetition of such acts in the future. Moreover, the family members of the victims are entitled to information as to what happened to their relatives. Such access to the truth presupposes freedom of speech, which of course should be exercised responsibly; the establishment of investigating committees whose membership and authority must be determined in accordance with the internal legislation of each country, or the provision of the necessary resources, so that the judiciary itself may undertake whatever investigations may be necessary. The Commission considers that the observance of the principles cited above will bring about justice rather than vengeance, and thus neither the urgent need for national reconciliation nor the consolidation of democratic government will be jeopardized." See also, Report 21/00, Case 12.059, *Carmen Aguiar de Lapacó* (Argentina), 29 February 2000, where Argentina guaranteed "the right to truth, which involves the exhaustion of all means to obtain information on the whereabouts of the disappeared persons."

70. IACtHR, *Case of Prison Miguel Castro Castro v. Peru*, judgment of 25 November 2006, para. 440. In this sense, the Court has ordered the translation of Judgments into the language of the victims and that the Judgments be disseminated among victims of violations, see IACtHR, *Case of Massacre of Plan de Sanchez v. Guatemala*, Reparations Judgment, 19 November 2004, para. 102; IACtHR, *Case of Cantoral Benavides v. Peru*, Reparations Judgment of 3 December 2001, para. 79.
71. Elizabeth Odio Benito, *op. cit.*, note 21, pp. 590-591, citing IACtHR, *Case of Massacre of Plan de Sanchez v. Guatemala*, Reparations Judgment of 19 November 2004, para. 102 and IACtHR, *Case of Cantoral Benavides v. Peru*, Reparations Judgment of 3 December 2001, para. 79.
72. For cases where the Court ordered recognition of responsibility and public apology: IACtHR, *Case of Barrios Altos v. Peru (Reparations)*, Judgment of 30 November 2001, Series C No 87, para. 44 e) and operative paragraph 5 e); IACtHR, *Case of Cantoral Benavides v. Peru (Reparations)*, Judgment of 3 December 2001, Series C No 88, para 81; IACtHR, *Case of Durand and Ugarte v. Peru (Reparations)*, Judgment of 3 December 2001, Series C No 89, para 39 b) and operative paragraph 4 b); IACtHR, *Case of Bámaca Velásquez v. Guatemala (Reparations)*, Judgment of 22 February 2002, Series C No 91, para 84; IACtHR, *Case of Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, Judgment of 7 June 2003, Series C No 99, para 188; IACtHR, *Case of Plan de Sánchez Massacre (Reparations)*, Judgment of 19 November 2004, Series C No 116, para 100. Guatemala apologized publicly for the massacre: AP Guatemala Apologizes for 1982 Massacre [available at http://news.yahoo.com/s/ap/20050719/aponrelaamca/guatemala_human_rights]. For cases where the IACtHR has ordered States to make their Judgments public: IACtHR, *Case of Trujillo Oroza v. Bolivia (Reparations)*, Judgment of 27 February 2002, Series C No 92, para. 119; IACtHR, *Case of Barrios Altos v. Peru (Reparations)*, Judgment of 30 November 2001, Series C No 87, para. 44 (d) and operative paragraph 5 d); IACtHR, *Case of Cantoral Benavides v. Peru (Reparations)*, Judgment of 3 December 2001, Series C No 88, para. 79; IACtHR, *Case of Durand and Ugarte v. Peru (Reparations)*, Judgment of 3 December 2001, Series C No 89, para. 39 a) and operative paragraph 3 a); IACtHR, *Case of Bámaca Velásquez v. Guatemala (Reparations)*, Judgment of 22 February 2002, Series C No 91, para. 84; IACtHR, *Case of Caracazo v. Venezuela (Reparations)*, Judgment of 29 August 2002, Series C No 95, para. 128; IACtHR, *Case of Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, Judgment of 7 June 2003, Series C No 102, para. 188. See also UN Human Rights Commission resolutions, Resolutions on Impunity E/CN.4/RES/2001/70, 25 April 2001, para 8; E/CN.4/RES/2002/79, para 9; E/CN.4/RES/2003/72 I, para. 8, where it is recognized that "for the victims of human rights violations, public knowledge of their suffering and the truth about the perpetrators, including their accomplices, of these violations are essential steps towards rehabilitation and reconciliation."
73. IACtHR, *Case of Cesti Hurtado Case (Reparations)*, Judgment of 31 May 2001, Series C No 78, para. 59, where the Court found that the judgment constitutes satisfaction with regard to the reputation and honour of the victim.
74. IACtHR, *Case of El Amparo v. Venezuela (Reparations)*, Judgment of 14 September 1996, Series C No 28, para. 35; IACtHR, *Case of Neira Alegría et al v. Peru (Reparations)*, Judgment of

- 19 September 1996, Series C No 29, para. 56; IACtHR, *Case of Castillo Páez v. Peru (Reparations)*, Judgment of 27 November 1998, Series C No 43, para. 84; IACtHR, *Case of Blake v. Guatemala (Reparations)*, Judgment of 22 January 1999, para. 55; *Case of Panel Blanca v. Guatemala (Reparations)*, Judgment of 25 May 2001, Series C No 76, para. 105.
75. The right to truth, as the Court defined it in the *Barrios Alto Massacre* case, “se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes de Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”, IACtHR, *Case of Barrios Alto v. Peru*, Judgment of 14 March 2001, para. 48. See also, IACtHR, *Case of Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Judgment of 25 November 2000, para. 201.
76. Elizabeth Odio Benito, *op. cit.*, note 21, p. 591.
77. See as an example of the possibility of cross-fertilisation, the IACtHR in the *Case of Miguel Castro Castro Prison v. Peru* case used the definition of sexual violence, and the typification as rape of certain acts, of the ICTR Trial Chamber in the Akayesu case: IACtHR, *Case of Miguel Castro Castro Prison v. Peru*, Judgment of 25 November 2006, para. 306, citing: ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment of 2 September 1998, para. 688.
78. Compare and contrast the applicable law as stated in Article 21 of the ICC Statute with the sources of law at the International Court of Justice, pursuant to its Article 38:
- “1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
- international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
 - international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
 - the general principles of law recognized by civilized nations;
 - subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.
2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.”
79. ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006”, 14 December 2006, ICC-01/04-01/06-772, para. 34.
80. ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, “Judgment on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal”, 13 July 2006, ICC-01/04-168, paras. 33-42.
81. See M. Arsanjani, “The Rome Statute of the International Criminal Court”, *American Journal of International Law* 93 (1999), p. 22; G. Bitti, “Article 21 of the International criminal Law Statute and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC”, in *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, C. Stahn and G. Sluiter, Nijhoff, 2008, pp. 285-304, cited in Elizabeth Odio Benito, *op. cit.*, note 21, p. 592.
82. M. Arsanjani, “The Rome Statute of the International Criminal Court”, *American Journal of International Law* 93 (1999), p. 22.
83. United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331.
84. ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006”, 14 December 2006, ICC-01/04-01/06-772, para. 37.
85. IACtHR, *Case of Villagrán Morales et al v. Guatemala, Street Children Case (Reparations)*, Judgment of 26 May 2001, Series C No 77, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 28, 35 and 37.
86. There are many short-comings in a monetary award of reparation. It can be argued that money does not carry moral or symbolic significance and that money does not heal wounds. Also, it appears that monetary awards, especially when victims’ wishes point away from such a type of award, places the offender in the centre of the proceedings on reparation which are intended to focus on victims; it is not supposed to be translated into a form of punishment of the offender. From a moral perspective, money can be spent and their lasting moral and spiritual value, if any, lost.

87. Thomas Antkowiak, *op. cit.*, note 21, p. 284, citing many relevant sources: B. T White, "Say You're Sorry: Court-Ordered Apologies as a Civil Rights Remedy", 91 *Cornell Law Review* 1261, 1271-1272 (2006); John Braithwaite, "A Future Where Punishment Is Marginalized: Realistic or Utopian?", 46 *UCLA Law Review*. 1727, 1744 (1999); E. Yamamoto, *Interracial Justice: Conflict and Reconciliation in Post-civil Rights America* 156 (1999).
88. Thomas Antkowiak, *op. cit.*, note 21, p. 287.
89. Carlos M. Beristain, *Diálogos sobre la Reparación: Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (2008), p. 93.
90. Cf. C. Evans, *Reparations for Victims in International Criminal Law*, available at: http://www.rwi.lu.se/ktfestschrift/On-line_festschrift_in_honour_of_Katarina_Tomasevski_files/Reparations%20for%20Victims%20-%20Evans.pdf
91. Cf. Antônio Augusto Cançado Trindade, *op. cit.*, note 10, pp. 57-65.
92. Decision on Reparations.

LE TRAVAILLEUR MIGRANT EN SITUATION IRRÉGULIÈRE: L'ACCÈS FORMEL ET EFFECTIF AUX DROITS DEVANT LES ORGANS *QUASI* JURIDICTIONNELS ET JURIDICTIONNELS DE CONTRÔLE



Paula Wojcikiewicz Almeida

Professeur et chercheur dans le domaine du droit international et européen de la Faculté de Droit à la Fondation Getúlio Vargas; Coordinatrice du Module européen du Programme Jean Monnet de la Faculté de droit de la Fondation Getúlio Vargas. Doctorante de l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne en droit international et européen.

INTRODUCTION

On ne saurait évaluer l'accès des travailleurs migrants irréguliers aux droits sans songer à l'existence d'une catégorie juridique particulière dans laquelle ces individus seraient inclus.¹ Le classement des individus dans des catégories juridiques permet d'extraire des conséquences juridiques applicables uniquement à ceux qui la composent.² L'objectif de la catégorisation juridique de personnes n'est autre que l'application des règles qui lui sont propres. Il ne s'agit pas d'un choix neutre. Il peut, en effet, être guidé par un découpage objectif de la réalité ou bien entretenir des rapports avec les valeurs de l'époque. Cette dualité conduit à penser autant aux aspects positifs que négatifs de la catégorisation: d'une part, elle permet de conférer une reconnaissance officielle et par conséquent un minimum de droits à un groupe de personnes et, d'autre part, elle autorise également la création d'exceptions à la règle générale de façon à justifier un traitement différencié, voire discriminatoire.³ Il faudra donc s'interroger sur le point de savoir si le droit intègre les travailleurs migrants irréguliers à son lexique, lui attachant des conséquences juridiques particulières.

Un travailleur migrant irrégulier est d'abord un travailleur, c'est-à-dire une personne qui par ses activités s'intègre à la société dans laquelle elle vit. L'ouvrier qui émigre continue d'être l'ouvrier.⁴ Cette personne est, par ailleurs, étrangère dans la société, ce qui comporte une double connotation. La première concerne une réalité objective consistant à considérer comme étrangère toute personne qui vit de façon temporaire ou perma-

nente hors du territoire de l'Etat dont elle possède la nationalité ou la citoyenneté, ne relevant pas de la protection juridique de cet Etat. On sait toutefois que cette constatation mérite d'être nuancée en ce qui concerne les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne.⁵ En outre, elle ne jouit pas du régime juridique général inhérent au statut de réfugié, de résident permanent, ou de naturalisé octroyé par l'Etat d'accueil.⁶ La seconde connotation revient à une situation subjective ressentie par la personne située objectivement en dehors de son Etat d'origine.⁷ Elle n'appartient pas ou est considérée comme n'appartenant pas à une collectivité, étant différente, intrusive, isolée de la société.⁸

Son extranéité, étrangeté et vulnérabilité⁹ est accrue en fonction de l'irrégularité de sa situation juridique. Les travailleurs migrants irréguliers sont également dénommés "sans papiers"¹⁰ ou illégaux,¹¹ même si ces termes ne semblent pas juridiquement adéquats. Il s'agit d'un acteur invisible dans la société dans laquelle il vit. La situation d'irrégularité peut exister à différents stades, y compris le départ, le transit, l'entrée et le retour, pouvant être créées au détriment du migrant ou par le migrant lui-même.¹² Elles englobent aussi bien le migrant inséré dans une relation de travail informelle, que le migrant entré dans un Etat sur la base d'un emploi légal et passé ensuite à l'illégalité. On pourrait se poser la question de savoir si le migrant irrégulier démuné de travail, ayant déjà été employé au passé dans un Etat où il n'est pas ressortissant pourrait être classé dans cette catégorie. La même question se pose en ce qui concerne les demandeurs d'asile dont la demande a été rejetée ou les migrants qui auraient

pu bénéficier du statut de réfugié mais qui n'ont pas déposé de demande d'asile et ne sont donc pas engagés dans une procédure de demande d'asile.¹³ En effet, la frontière entre les personnes qui émigrent afin de travailler et les réfugiés *de facto* est difficile d'établir en fonction de la motivation de la migration.¹⁴ Les travailleurs migrants seraient ceux qui ont pris librement la décision de migrer afin de travailler sans y avoir été forcés par des facteurs extérieurs.

Malgré cette difficulté de conceptualisation, les Conventions spécialisées de l'OIT 97¹⁵ et 143¹⁶ ont effectué une distinction entre les travailleurs migrants en situation régulière et irrégulière, confirmant la création d'une catégorie juridique particulière consacrée à ces derniers. Contrairement à cette logique, la Convention de l'ONU sur la protection de tous les travailleurs migrants et leur famille de 1990 a adopté une définition plus générale de travailleur migrant, évitant des distinctions tenant à la régularité de sa situation juridique. Selon ses termes, le travailleur migrant est avant tout une personne qui va exercer, exerce ou a exercé une activité rémunérée dans un Etat dont il n'est pas ressortissant.¹⁷ Si cette définition semble la plus adéquate à nos jours, elle n'est pas sans soulever des critiques en fonction de l'imprécision des termes choisis. Apparemment, il suffit qu'une personne ait exercé n'importe quelle activité rémunérée pendant n'importe quelle durée.¹⁸ La même situation s'applique *mutatis mutandis* aux personnes qui vont exercer une activité rémunérée dans le futur, sans aucune détermination en ce qui concerne son commencement.

Il semble donc que le travailleur migrant en situation irrégulière relève de trois sous-catégories juridiques (travailleur, migrant et irrégulier) qui marquent la spécificité de son statut.¹⁹ Cet ensemble de sous-catégories participent à la tendance contemporaine, qui n'est pas nécessairement positive, de formation d'une catégorie propre, reconnue à la fois par le droit international des droits du travail et de l'homme.²⁰ Si le travailleur migrant, à la fois travailleur et expatrié, intéresse les organisations internationales de plusieurs types, qu'elles soient universelles ou régionales, dotées d'une compétence générale ou spécialisée, on voit que ceux en situation irrégulière ont été tardivement pris en compte par les instruments internationaux. On peut se poser la question de savoir si la régularité de leur situation juridique produit des incidences sur le niveau de protection octroyé par rapport à ceux considérés en situation régulière dans l'Etat où ils vivent. L'apparente égalité de traitement semble illusoire, plusieurs

bénéfices n'étant accordés conventionnellement qu'aux travailleurs migrants en situation régulière. Cette réalité, fondée sur une lecture restrictive des droits ou *a rights-based approach*, a pour effet de circonscrire l'ampleur de la protection des travailleurs migrants en situation irrégulière (I). Elle tend toutefois à être remise en cause grâce à une lecture progressiste des droits, fondée plutôt sur les principes – *a principle-based approach* – et moins sur le volontarisme étatique (II). Cela confirme l'accent mis sur la justice objective au détriment de la loi formelle qui s'en écarte souvent.²¹ Une telle lecture favorise l'érosion des différences de traitement fondées sur la régularité ou la nationalité du travailleur.

I. UNE LECTURE RESTRICTIVE DES DROITS OU A RIGHTS-BASED APPROACH

La dimension géographique du phénomène des migrations justifie l'intérêt de l'OIT en tant qu'institution spécialisée dans la protection des droits des travailleurs, ainsi que de l'ONU comme une organisation à vocation universelle. Le double niveau de protection – droits du travail et droits de l'homme – conduit à se poser la question de savoir quel serait l'organisme compétent pour protéger les droits de l'homme des travailleurs migrants, qu'ils soient réguliers ou non. Cette discussion est ancienne, ayant déjà fait l'objet de nombreuses controverses. Un accord conclu entre les Nations Unies et l'OIT en 1947 a établi les compétences de chaque organisation en ce qui concerne la migration: l'OIT devait traiter des travailleurs migrants tandis que l'ONU devait se limiter au statut des étrangers. L'objectif était de limiter la compétence de l'ONU afin que l'OIT garde une compétence exclusive en ce qui concerne les migrations.²² C'est sous cette base de compétence que l'OIT s'est chargée de la protection des travailleurs migrants par le biais d'une série de conventions et de recommandations s'y rapportant. Néanmoins, la protection fournie par les instruments de l'OIT en ce qui concerne les travailleurs migrants en situation irrégulière s'est avérée à la fois minimale et à la carte (A). C'est le résultat d'un compromis complexe entre les participants qui a abouti à un texte fragmenté, permettant plusieurs possibilités d'*opting-out*. A cela s'ajoute le fait que peu d'Etats ont ratifié les instruments adoptés au sein de l'OIT, les raisons politiques et économiques y jouant une influence considérable.²³

Comme la protection des travailleurs migrants en situation régulière et irrégulière n'était pas clairement établie en fonction du caractère à

la fois restrictif et à la carte de la Convention n° 143 de l'OIT,²⁴ l'ONU pourrait prendre le relais en adoptant un nouvel instrument susceptible de renforcer cette protection. Une telle alternative a été jugée plus appropriée au lieu de réviser les conventions pertinentes de l'OIT. C'est ce que souhaitaient les pays en développement car ceux-ci considéraient que l'ONU était l'organisation la plus adéquate pour défendre leurs intérêts si menacés par la nature tripartite de l'OIT. Plusieurs raisons ont milité dans ce sens.²⁵ C'est ainsi que l'Assemblée des Nations Unies a créé un groupe de travail en 1979 afin "d'élaborer une convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leurs familles."²⁶ La convention élaborée par l'ONU répond plutôt à la nécessité d'établir une égalité de traitement, contrairement aux instruments adoptés sous les auspices de l'OIT, qui visent à établir des standards minimums de protection. On pouvait donc s'attendre à ce que les travailleurs migrants en situation irrégulière soient désormais protégés par le nouvel instrument. Néanmoins, quelques différences de traitement demeurent, ce qui pourrait caractériser la convention de l'ONU comme fournissant une protection renforcée mais toujours à la carte (B).

A) Le droit conventionnel de l'OIT: une protection minimale et à la carte

Si les droits des travailleurs migrants irréguliers ont été reconnus explicitement et à la carte par deux conventions de l'OIT (1), on pourrait se poser la question de savoir si cette reconnaissance formelle répercute sur l'accès effectif aux droits. L'OIT a institué deux moyens de contrôle du respect par les Etats de leurs obligations internationales relatives à la protection des travailleurs migrants, y compris de ceux en situation irrégulière. Le développement de ces mécanismes constitue "Un des progrès les plus sensibles du droit international contemporain."²⁷ Leur objectif est celui d'assurer la mise en oeuvre des conventions ratifiées et de promouvoir l'application des standards de l'OIT, indépendamment d'une quelconque obligation formelle.²⁸ Au-delà du mécanisme régulier de contrôle opéré sur la mise en oeuvre des conventions de l'OIT, on s'intéresse particulièrement ici aux procédures particulières permettant la soumission d'une réclamation ou d'une plainte au sujet des conventions ratifiées.²⁹ Il s'agit d'une possible voie permettant un accès effectif³⁰ des travailleurs migrants en situation irrégulière devant un organe *quasi* juridictionnel de

contrôle (2). L'intention est donc de vérifier si le droit atteint son but, en d'autres termes, s'il est effectif, pouvant être traduit par des actes ou des comportements tangibles³¹ car l'effectivité d'une règle de droit consiste en sa pleine réalisation.³²

1) L'accès formel aux droits en vertu des instruments de l'OIT

La préoccupation liée aux travailleurs migrants a été présente dès la Constitution de cette organisation, élaborée en avril 1919 par la Commission de la législation internationale du travail et intégrée au Traité de Versailles (XIIIème partie). Le document fondateur souligne, dans le préambule de la partie VIII, qu'il vise "la défense des intérêts des travailleurs occupés à l'étranger". Le traité a donc attribué explicitement une compétence à l'organisation internationale du travail pour s'occuper des ouvriers émigrants. L'égalité de traitement entre travailleurs nationaux et étrangers fait partie de l'un des objectifs de l'action normative de l'OIT.³³ Dûment mandatée en ce qui concerne la protection des travailleurs, l'OIT a adopté toute une série de conventions et de recommandations générales concernant des sujets variés: le travail forcé,³⁴ la liberté syndicale et la protection du droit syndical,³⁵ le droit d'organisation et de négociation collective,³⁶ l'égalité de rémunération,³⁷ l'abolition du travail forcé,³⁸ la discrimination,³⁹ l'âge minimum⁴⁰ et les pires formes de travail d'enfants.⁴¹ Sauf indication contraire, ces conventions s'appliquent également aux travailleurs migrants, y compris à ceux en situation irrégulière.

Néanmoins, le phénomène de la migration de la main-d'oeuvre a conduit l'OIT à considérer que la protection des travailleurs migrants exigeait une base juridique solide reposant sur le droit international car les instruments précédents n'étaient pas adaptés à la réalité actuelle. C'est ainsi que l'OIT a adopté en 1949 la première convention destinée à "faciliter [...] la distribution internationale de la main-d'oeuvre et, en particulier, son mouvement des pays excédentaires vers les pays déficitaires."⁴² Cette convention⁴³ et la recommandation qui la complète⁴⁴ ont pour but d'assurer l'égalité de traitement entre travailleurs migrants nationaux et étrangers, tout en excluant l'exigence de réciprocité prévue dans les instruments précédents. Elles visent donc à assurer uniquement la protection des travailleurs migrants admis régulièrement.⁴⁵ Les mesures de protection concernent le maintien d'un service gratuit d'information et d'aide aux migrants, ainsi que des mesures visant à assurer aux travailleurs migrants l'égalité de traitement dans

un certain nombre de domaines, à savoir les conditions de vie et de travail, la sécurité sociale, les impôts liés au travail et l'accès à la justice.⁴⁶ Comme toute convention internationale est le produit de son temps, on voit que la question relative aux travailleurs migrants irréguliers n'était pas encore à l'ordre du jour au moment de l'adoption de ces instruments.⁴⁷

Un changement de la politique migratoire de l'OIT s'est produit à partir de 1955, alors que pour des raisons économiques la migration des travailleurs n'était plus encouragée.⁴⁸ Pendant les années 1970, quelques Etats industrialisés ont subi les conséquences de la récession et de la détérioration du marché du travail. La crise du pétrole de 1973 a entraîné des problèmes sociaux très graves dans les pays producteurs disposant de main d'oeuvre immigrante abondante et a provoqué de nouveaux mouvements migratoires vers d'autres pays. Cette situation a amené l'OIT à adopter une nouvelle Convention internationale sur les travailleurs migrants en 1975 (C143).⁴⁹ La nouvelle Convention, qui vise à maîtriser les flux migratoires, devait compléter la Convention n° 97 de 1949.⁵⁰ Pendant sa rédaction en 1975, l'OIT devait s'occuper de la nécessité de créer de nouveaux emplois dans les Etats d'origine des migrants ainsi que de faire dès efforts afin d'assurer l'emploi de la main-d'oeuvre nationale avant de recruter des travailleurs migrants.⁵¹ L'amélioration des conditions de travail dans les pays d'origine était donc fondamentale afin d'éviter l'accroissement non contrôlé du nombre de travailleurs migrants, y compris de ceux en situation irrégulière.⁵² L'objectif d'éviter l'entrée de ces travailleurs dans le marché du travail explique la contradiction existante entre les dispositions de cette convention.

La première partie concerne la lutte contre les migrations dans des conditions abusives.⁵³ L'absence de distinction entre les travailleurs en situation régulière et irrégulière dans le texte conventionnel fait en sorte que cette partie soit applicable pour la première fois aux travailleurs migrants en situation irrégulière. Toutefois, les droits protégés sont uniquement ceux considérés comme étant les plus "fondamentaux".⁵⁴ Ils n'incluent donc pas le droit à l'égalité d'opportunité et de traitement par rapport aux travailleurs nationaux. À part les mesures visant à combattre les migrations dans des conditions abusives, la Convention contient des mesures de protection en faveur des travailleurs migrants ayant perdu leur emploi, ainsi qu'en faveur de ceux qui se trouvent en situation irrégulière.⁵⁵ Ces mesures de protection, déjà très limitées, sont confrontées aux dispositions de

la seconde partie de la Convention, qui restreint le champ d'application de l'égalité de traitement et de chances aux seuls travailleurs migrants admis régulièrement. Cela signifie que ceux en situation irrégulière n'auront droit qu'à la perception du salaire et d'autres bénéfices sociaux découlant de la relation de travail déjà installée⁵⁶ car ils se trouvent exclus de toute garantie qui ne se limite pas aux emplois antérieurs.⁵⁷ D'autres garanties concernent le droit de recours devant une instance administrative ou judiciaire en cas d'expulsion, ainsi que l'assistance judiciaire au même titre que les travailleurs nationaux, y compris la possibilité de se faire assister par un interprète.⁵⁸ La même Convention détermine, en outre, que l'Etat doit prendre dès que possible une décision pour que le travailleur migrant sache si sa situation peut être régularisée.⁵⁹

Une véritable dichotomie s'est installée entre la première et la seconde partie de la Convention, autorisant de ce fait l'Etat qui la ratifie d'exclure de son acceptation la partie I ou II. Cette fragmentation qui permet une ratification *à la carte* a été considérée comme le seul moyen d'assurer un plus grand nombre de ratifications.⁶⁰ Une contradiction similaire se trouve dans la recommandation n° 151, relative aux "travailleurs migrants" adoptée à la même année.⁶¹ Si l'intention était de rendre effectifs les droits découlant de la relation de travail aux travailleurs migrants en situation régulière, on verrait mal comment mettre en oeuvre les droits reconnus à ceux en situation irrégulière. Le contenu vague des clauses de protection fait encore défaut. Cette protection minimale consacrée aux travailleurs migrants en situation irrégulière est encore plus anéantie en raison du nombre insuffisant des ratifications, ceci malgré l'initiative de fragmenter la Convention de 1975 en deux parties.

2) Les possibilités d'accès effectif aux droits devant un organe *quasi* juridictionnel de contrôle

L'accès effectif des travailleurs migrants en situation irrégulière ne s'effectue pas directement à l'organe *quasi* juridictionnel de contrôle de l'OIT. Si les individus ne pourront pas adresser une réclamation au Bureau international du travail (BIT), ils pourront y accéder indirectement par le biais de l'envoi des informations pertinentes à leur organisation de travailleurs ou d'employeurs, conformément aux procédures prévues par la Constitution de l'OIT (2.1). Une analyse des réclamations présentées par les asso-

ciations de travailleurs migrants sous les auspices de l'article 24 de la Constitution de l'OIT permettra de constater leur accès effectif aux mécanismes de contrôle de cette organisation.⁶² (2.2)

2.1. La procédure de soumission des réclamations à l'OIT

Il est important de remarquer tout d'abord que les mécanismes de contrôle de l'OIT, contrairement à ceux développés dans le cadre des conventions des droits de l'homme de l'ONU, permettent l'accès des individus, représentés par une organisation de travailleurs ou d'employeurs, indépendamment de l'acceptation de la compétence de l'organe *quasi* juridictionnel par l'Etat mis en cause. L'accès effectif pourra donc être exercé automatiquement par une organisation professionnelle, ce qui a permis le développement d'une "jurisprudence" en matière de protection des droits du travail.

L'article 24 de la Constitution de l'OIT prévoit, en effet, qu'une organisation professionnelle des travailleurs ou des employeurs pourra adresser une réclamation au BIT au cas où elle jugerait qu'un quelconque des Membres n'aurait pas assuré d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention à laquelle il a adhéré.⁶³ À la suite de la réception d'une réclamation, le Directeur général en accuse réception et en informe le gouvernement mis en cause. Il s'agit bien de la première étape de la procédure ouverte au titre de l'article 24, qui comporte quatre étapes au total. La deuxième concerne l'examen de la recevabilité de la réclamation. Parmi les critères énumérés à l'article 2 du règlement relatif à la procédure, on peut citer celle relative à l'exigence que la réclamation porte "sur une convention à laquelle le Membre mis en cause est partie."⁶⁴ En cas de recevabilité de la réclamation,⁶⁵ la troisième étape prévoit son renvoi à un Comité tripartite, dont les membres sont désignés par le Conseil d'administration.⁶⁶ La seule exception consiste à une réclamation relative aux droits syndicaux. Dans ce cas, elle pourra être renvoyée au Comité de la liberté syndicale.⁶⁷ On passe donc à la quatrième étape, dans laquelle l'examen de la réclamation sera effectué.⁶⁸ Une fois terminé l'examen de la réclamation quant au fond, le Comité devra présenter au Conseil d'administration un rapport décrivant les mesures prises pour examiner la réclamation. Ce rapport doit contenir ses conclusions sur les questions soulevées et ses recommandations quant à la décision à prendre par le Conseil d'administration.⁶⁹ La procédure est conclue avec l'examen de la réclamation par le Con-

seil d'administration,⁷⁰ qui se réunit à huit clos. Le Conseil d'administration pourra rendre la réclamation publique, ainsi que la déclaration reçue en réponse au cas où il considère que le gouvernement mis en cause n'a pas envoyé une déclaration dans un délai raisonnable ou si la déclaration éventuellement reçue ne paraît pas satisfaisante.⁷¹ Le Conseil d'administration pourra également engager d'office la procédure de plainte prévue à la constitution de l'OIT au cas où il considère que le gouvernement mis en cause n'a pas mis en oeuvre une convention de manière satisfaisante.⁷² Si cette procédure est généralement respectée par les organisations des travailleurs, il importe de savoir à l'instant si ces associations revendiquent le respect des droits des travailleurs migrants.

2.2. Les réclamations faisant référence aux travailleurs migrants soumises à l'OIT

La procédure de contrôle prévue par la Constitution de l'OIT a déjà été mise en oeuvre en ce qui concerne les droits des travailleurs migrants. Actuellement, trois réclamations concernent le non respect de la Convention n° 97 sur les travailleurs migrants (révisée) de 1949 et de celle adoptée en 1975.⁷³ La première réclamation a été présentée au BIT en 1991 par l'Organisation internationale des employeurs (OIE) et la Fédération vénézuélienne des chambres et associations de commerce et de production (FEDECAMARAS).⁷⁴ Elles allèguent l'inexécution par le gouvernement du Venezuela de plusieurs conventions de l'OIT, y compris celle relative aux travailleurs migrants (dispositions complémentaires), adoptée en 1975 (convention n° 143), dûment ratifiée par le Venezuela. Les organisations plaignantes indiquent que la loi organique du travail établit que la proportion des travailleurs ressortissants du pays employés dans une entreprise et dans une exploitation rurale doit être supérieure à 80 et 90% par rapport aux travailleurs étrangers. Selon le Comité, cette exigence viole l'article 10 de la convention, consacré à l'égalité des chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, de sécurité sociale, des droits syndicaux et culturels et de libertés individuelles et collectives, ainsi que l'article 12, alinéa g, qui prévoit le principe d'égalité de chances et de traitement en matière de conditions de travail entre tous les travailleurs migrants exerçant une même activité. Le Comité a invité le gouvernement à prendre les mesures nécessaires afin de se conformer aux dispositions de la convention pertinente. Il est important de

préciser que les dispositions en cause ne visent que les travailleurs se trouvant légalement sur le territoire de l'Etat. En l'espèce, l'organisation plaignante a insisté que la plupart des étrangers migrants étaient venus légalement dans le pays.

La deuxième réclamation a été présentée en 1997 par la Confédération générale des travailleurs de l'Argentine (CGT) à propos du manquement par le gouvernement de l'Espagne de la convention n° 97 sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, de la convention n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, et de la convention n° 122 sur la politique de l'emploi, 1964.⁷⁵ Les conventions mentionnées ont été dûment ratifiées par l'Espagne. La CGT soutient, au nom de l'Association des odontologistes diplômés d'Argentine, l'existence de discrimination en matière d'emploi car l'Espagne s'est refusée de continuer à autoriser les dentistes ayant obtenu leur diplôme en Argentine à travailler en Espagne. Le gouvernement espagnol a ajouté une formalité à la procédure d'homologation des diplômes étrangers d'odontologie. Selon le plaignant, ces mesures constituent une violation des conventions de l'OIT et d'un accord bilatéral de coopération culturelle conclu en 1971 entre l'Espagne et l'Argentine, permettant la reconnaissance mutuelle des diplômes universitaires délivrés ou reconnus par chacun des pays. Le Comité a limité son analyse aux conventions de l'OIT souscrites par l'Espagne. Il a réfuté l'argument consistant à une violation des conventions n° 111 et 122 car toutes les deux, qui portent sur la non discrimination dans l'emploi et la profession et sur le libre choix de l'emploi respectivement, ne visent pas des distinctions faites entre nationaux du pays concerné et ressortissants étrangers.⁷⁶ La seule convention qui pourrait être applicable est celle relative aux travailleurs migrants (convention n° 97), en ce qu'elle prévoit l'application sans discrimination de nationalité d'un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui appliqué aux propres ressortissants des Etats ayant ratifié la convention (articles 2 et 6 de la convention). Or, la CGT n'a pas apporté de preuve afin d'établir l'existence d'une discrimination entre les dentistes argentins et espagnols car la formalité exigée ne se limitait pas aux seuls argentins et n'était donc pas contraire à la convention précitée. C'est la raison pour laquelle aucune recommandation n'a été faite au gouvernement espagnol.

La troisième réclamation a été présentée au BIT par le Congrès philippin des syndicats (TUCP) en 2003, alléguant que le gouvernement chinois n'a pas respecté la convention n° 97

lorsqu'il a approuvé certaines mesures ayant des conséquences pour les travailleurs domestiques philippins dans la Région administrative spéciale (RAS) de Hong-Kong.⁷⁷ Il s'agit notamment de la réduction envisagée du salaire minimum des travailleurs domestiques de 400 dollars par mois, de l'imposition d'une taxe mensuelle de 400 dollars à tous ceux qui emploient des travailleurs domestiques étrangers, de l'exclusion des travailleurs domestiques étrangers n'ayant pas résidé dans la RAS de Hong-Kong pendant au moins sept ans du bénéfice des services de santé publique subventionnés et de l'impossibilité de retravailler en RAS en cas de violation du contrat d'emploi soit par l'employeur, soit par le travailleur domestique étranger. Selon le TUCP, ces mesures constituent une violation du principe de non discrimination, prévu à l'article 6 de la convention précitée.

Le Comité a estimé qu'il ne pouvait pas déterminer s'il y eu violation du principe de non discrimination en ce qui concerne la rémunération car il ne disposait pas de suffisamment d'informations pour pouvoir établir une comparaison entre les travailleurs étrangers et les ressortissants. Quant à l'imposition d'une taxe mensuelle à ceux qui emploient les travailleurs domestiques étrangers, le Comité a fait valoir que cette mesure pouvait constituer une violation du principe d'égalité de traitement. Une telle taxe viole les principes d'équité et de proportionnalité. En ce qui concerne l'exclusion automatique des bénéficiaires sociaux, le Comité a considéré que cette mesure constitue une violation du principe d'égalité de traitement en matière de sécurité sociale, ainsi que de l'article 6, paragraphe 1, alinéa b, sous-alinéa ii de la Convention.⁷⁸ Les dispositions de ce dernier, de l'avis du Comité, ne sauraient être interprétées comme un motif d'exclusion automatique d'une catégorie spécifique de travailleurs migrants des prestations de sécurité sociale et seraient contraires à l'esprit de la convention. Cette solution peut ouvrir la voie à une interprétation téléologique capable d'étendre des droits aux travailleurs migrants en situation irrégulière. Finalement, le Comité a souligné que la question relative aux conséquences de la cessation des contrats et le droit des travailleurs migrants en cas de perte d'emploi n'a pas été abordée par la convention en l'espèce.⁷⁹ Elle ne prévoit l'égalité de traitement qu'en ce qui concerne les actions en justice.⁸⁰ Cet argument n'a pas été soulevé par l'organisation plaignante. Compte tenu de ce qui précède, le Comité a recommandé au Conseil d'administration de demander instamment au gouvernement de ne pas prendre les mesures afin de se conformer aux

dispositions de la convention n° 97, notamment celles relatives à la non discrimination entre travailleurs nationaux et migrants en matière de rémunération et de sécurité sociale.

On constate donc dans les affaires précitées qu'il n'était pas question de soulever des questions liées à la régularité de la situation de ces travailleurs migrants. Ces derniers ne pourront saisir le Comité tripartite qu'à propos des conventions ratifiées par l'Etat d'emploi. La protection à *la carte* fournie par les conventions consacrées spécifiquement à la protection des travailleurs migrants, combinée avec le taux faible de ratification des Etats récepteurs forment un double obstacle difficile d'être transposé. C'est la raison pour laquelle le Comité serait peut-être plus accessible aux travailleurs migrants en situation irrégulière en cas de violation des conventions générales de l'OIT par l'Etat d'emploi. Nier cette évidence en écartant tous les travailleurs migrants, indépendamment de leur statut du champ d'application de ces conventions équivaldrait aller à l'encontre de leur esprit, comme déjà reconnu par le Comité.

B) Le droit conventionnel de l'ONU: une protection renforcée mais toujours à la carte

Le rôle de l'ONU s'est concrétisé avec l'adoption de la Convention sur la protection des travailleurs et des membres de leur famille, qui confère formellement des droits aux travailleurs migrants en situation irrégulière (1). La résolution adoptant la Convention est claire en ce qui concerne la réaffirmation de la validité permanente des principes et des standards établis par les instruments internationaux précédents, notamment ceux relatifs à la protection des droits de l'homme.⁸¹ La reconnaissance des droits ou l'accès formel à ces droits sera évaluée ici conjointement avec l'accès effectif. L'intention est de dépasser la reconnaissance formelle des droits afin d'évaluer si les individus pourront accéder effectivement aux droits à travers le Comité des travailleurs migrants, le dernier organe *quasi* juridictionnel institué dans le cadre de l'ONU (2).

1) L'accès formel aux droits en vertu des instruments de l'ONU

Après plus de dix ans de délibération, l'Assemblée générale a finalement adopté le 18 décembre 1990 la version finale de la Convention, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003 après avoir obtenue un minimum de vingt ratifications.

Toutefois, aucun pays occidental récepteur n'a ratifié la Convention, y compris ceux faisant partie du groupe MESCA.⁸² On sait que l'objectif qui a présidé la Convention est d'améliorer le respect des droits de l'homme pour les migrants.⁸³ Les travaux préparatoires de la convention laissent comprendre que l'application du traitement national aux travailleurs migrants n'est pas suffisante afin de protéger leurs droits. Ils doivent bénéficier d'une protection additionnelle. En tenant compte de cette nécessité, la Convention possède quatre objectifs généraux: unifier le corps des règles applicables aux travailleurs migrants; compléter les instruments antérieurs car "les droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille n'ont pas été suffisamment reconnus et qu'ils doivent donc bénéficier d'une protection internationale appropriée"; améliorer la situation des travailleurs migrants et de leurs familles et prévenir et éliminer les mouvements clandestins ainsi que le trafic de travailleurs migrants.⁸⁴

Les droits des travailleurs migrants se regroupent selon deux catégories générales. La première porte sur les droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille (Partie III), qui s'appliquent à tous les travailleurs migrants, y compris ceux en situation irrégulière. Ces droits concernent les droits civils et politiques (art. 8-24) et les droits économiques, sociaux et culturels (art. 25-35). La seconde catégorie renvoie à la Partie IV de la convention, qui consacre des droits spécifiques applicables uniquement aux travailleurs migrants en situation régulière. La convention établit donc deux sortes de protection, une plus extensive applicable aux travailleurs migrants réguliers et une autre plus restrictive, applicable à ceux irréguliers. On pourrait se poser la question de savoir qu'elle est la raison d'une telle distinction. Afin de répondre à cette question il faudra recourir à l'intention des rédacteurs de cette convention par le biais des travaux préparatoires. Ce n'est effectivement pas par hasard que les rédacteurs ont opté pour l'emploi de "Partie" avec un "p" majuscule. L'intention était bien de se soustraire à l'application de quelques parties de la Convention sans violer son article 88. Cet article indique que l'Etat qui ratifie ou adhère à la Convention "(...) ne peut exclure l'application d'une Partie quelconque de celle-ci ou, sans préjudice de l'article 3, exclure une catégorie quelconque de travailleurs migrants de son application". La lecture de ce dernier semble faire ressortir le compromis fragile obtenu entre, d'une part, les Etats membres qui auraient préféré que la Convention constitue un seul paquet sans la possi-

bilité d'introduire des réserves et, d'autre part, ceux qui souhaitaient fragmenter la convention et choisir uniquement la partie qui leur convenait.⁸⁵ Par conséquent, les Etats sont autorisés à introduire des réserves à condition qu'elles n'éliminent pas toute une "Partie" de la Convention.⁸⁶ Cette possibilité permettrait d'assurer un nombre plus élevé de ratifications. Certains Etats ont proposé l'inclusion d'une clause de réciprocité. Cependant, celle-ci a été exclue du texte final de la Convention par le *Open-ended Working Group*⁸⁷.

La plupart des droits mentionnés aux articles de la Convention se rapportant aux travailleurs migrants y compris à ceux en situation irrégulière sont déjà prévus dans le texte d'autres conventions internationales, notamment dans les conventions internationales des droits de l'homme.⁸⁸ Néanmoins, quelques droits nouveaux ont été explicitement reconnus à tous les travailleurs migrants, comme par exemple ceux prévus aux articles 33, 25 et 22 de la Convention. L'article 33 quant à lui impose aux Etats d'origine, d'emploi ou de transit de diffuser les droits des travailleurs migrants. Le point 3 de cet article flexibilise toutefois cette obligation, permettant que les informations soient fournies dans une langue qu'ils ne comprennent pas. En ce qui concerne l'article 25, premier alinéa, celui-ci affirme que les travailleurs migrants doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui dont bénéficient les nationaux de l'Etat d'emploi en matière de rémunération et d'autres conditions de travail et d'emploi. Selon l'alinéa 2 de cet article, le principe de l'égalité de traitement ne peut pas être dérogé légalement dans les contrats de travail privés. L'alinéa 3 concerne explicitement la protection des travailleurs migrants en situation irrégulière: il impose aux Etats d'adopter toutes les mesures nécessaires "afin de faire en sorte que les travailleurs migrants ne soient pas privés des droits qui dérivent de ce principe en raison de l'irrégularité de leur situation en matière de séjour ou d'emploi". Il ajoute qu'"une telle irrégularité ne doit pas avoir pour effet de dispenser l'employeur de ses obligations légales ou contractuelles ou de restreindre d'une manière quelconque la portée de ses obligations". Finalement, l'article 22 porte sur l'interdiction des expulsions collectives des travailleurs migrants et des membres de leurs familles et établit des conditions pour les expulsions individuelles, qui doivent respecter le procès équitable.

Fruit d'un compromis délicat entre les Etats, on voit que la Convention essaye de concilier la protection des droits de l'homme des travailleurs

migrants irréguliers avec le contrôle étatique de la politique nationale d'immigration. Elle prévoit quelques clauses visant à protéger la souveraineté nationale, notamment l'article 68, consacré à la prévention et à l'élimination des mouvements et à l'emploi illégal ou clandestin de travailleurs migrants en situation irrégulière. Dans le même sens, on signale également l'article 79, relatif au droit de chaque Etat partie de fixer les critères régissant l'admission des travailleurs migrants et des membres de leurs familles.⁸⁹ Malgré ces clauses de souveraineté, plusieurs Etats, y compris ceux qui ont participé activement à la rédaction de l'instrument, n'ont pas ratifié le texte final de la convention. Cette réticence s'explique par des raisons économiques et politiques, qui donnent la priorité à la lutte contre l'immigration "clandestine" au détriment du respect des droits fondamentaux.

A partir de l'analyse de l'accès formel aux droits, il faudra évaluer si les travailleurs migrants en situation irrégulière auront une voie d'accès permettant de faire valoir les droits reconnus par la Convention au niveau international.

2) Les possibilités d'accès effectif aux droits devant un organe *quasi* juridictionnel de contrôle

L'accès effectif aux droits prévus dans le texte conventionnel doit se faire devant son organe *quasi* juridictionnel de contrôle. En effet, le Comité des travailleurs migrants est compétent pour contrôler la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille qui font l'objet de la Convention internationale de l'ONU.⁹⁰ Il s'agit du dernier organe conventionnel institué dans le système des Nations Unies. Le Comité est composé de dix experts au moment de l'entrée en vigueur de la Convention et de quatorze experts à la suite de son entrée en vigueur.⁹¹ Si ses compétences n'innovent pas par rapport à celles conférées aux autres comités des conventions des droits de l'homme de l'ONU, on souligne ici son pouvoir de recevoir des communications individuelles. Une proposition dans ce sens, finalement incluse à l'article 77 de la convention, a été faite par l'Hollande lors des dernières phases du processus de rédaction. Il s'agit d'une voie d'accès privilégiée des particuliers devant le Comité afin de faire valoir leurs droits en vertu de la Convention. Ce mécanisme, qui a trouvé une forte opposition des Etats d'emploi des travailleurs migrants, devrait suppléer celui relatif aux communications interétatiques, à l'exemple de la compétence des comités des conventions des droits de l'homme.⁹²

Il existe toutefois une condition pour que cette procédure puisse être activée: il faudra que dix Etats parties aient accepté la compétence du Comité en vertu de l'article 77 de la Convention.⁹³ Pour l'instant, seulement deux Etats ont émis une déclaration reconnaissant la compétence du Comité pour recevoir des communications concernant les prétendues violations des droits consacrés par la Convention. Il s'agit du Guatemala et du Mexique. C'est la raison pour laquelle les travailleurs migrants en situation irrégulière ne pourront pas encore saisir le Comité afin qu'il exerce ses fonctions *quasi* contentieuses.⁹⁴ Néanmoins, on pourrait s'en douter que l'obtention du nombre minimum de déclarations serait suffisante afin de protéger les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière. Comme on l'a vérifié ci-dessus, les Etats ayant ratifié la Convention ne sont pas des Etats d'emploi, mais plutôt des Etats d'envoi des travailleurs migrants. En l'absence d'une acceptation universelle du texte conventionnel, les possibilités d'accès individuel offertes à travers le Comité seront condamnées à sommeiller dans le texte conventionnel, sans jamais pouvoir être exercées de manière effective. L'accès aux droits demeure dans ce cas uniquement formel.

La Convention ne prévoit aucun mécanisme de contrôle à part ceux découlant des communications des particuliers et Etats parties. Si un Etat viole une disposition de la convention, il n'y a aucune sanction susceptible d'être appliquée par le Comité. La seule disposition concernant le contrôle des particuliers concerne l'article 84 de la Partie VIII, qui affirme que chaque Etat partie s'engage à garantir que les personnes ayant leurs droits et libertés violés devront disposer "d'un recours utile même si la violation a été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles". Si une personne a exercé un tel recours, il faudra garantir que sa plainte soit examinée par les autorités compétentes étatiques. L'Etat en cause doit développer "les possibilités de recours juridictionnels" en donnant "suite à tout recours qui aura été reconnu justifié." Toutefois, il n'y a aucune disposition prévoyant une immunité aux travailleurs migrants irréguliers qui décident de saisir les autorités nationales afin de faire prévaloir leurs droits en vertu de la Partie III de la convention.⁹⁵ C'est ainsi que l'absence de moyens de contrôle des dispositions de la convention peut faire en sorte qu'elle devienne *a white elephant*.⁹⁶

Le rôle des ONGs sera fondamental afin de faire pression sur les mécanismes de contrôle.⁹⁷

Celles-ci pourront assister les individus pour envoyer une communication au Comité de contrôle de la Convention.⁹⁸ Pour l'instant, l'absence de déclaration acceptant la compétence de ce Comité implique une limitation du système à la soumission des rapports étatiques et à leur analyse. Le mécanisme de contrôle de la Convention de l'ONU semble donc plus faible que celui prévu dans le cadre de l'OIT.

De toute façon, les mécanismes évalués qui répondent à une lecture restrictive des droits, c'est-à-dire, qui ont été institués sur la base des conventions ratifiées, ne s'avèrent pas susceptibles de fournir un accès formel et effectif aux droits des travailleurs migrants en situation irrégulière. C'est la raison pour laquelle on devrait concevoir une lecture extensive des droits.

II. Une lecture extensive des droits ou *a* principe-based approach

L'intention de protéger les travailleurs migrants irréguliers ne fait pas bon ménage avec les exigences de la souveraineté nationale, dont l'objectif est de contrôler le flux migratoire. Afin de combler les lacunes des conventions internationales applicables aux travailleurs migrants en situation irrégulière, dont la protection demeure fragmentée et *à la carte*, une lecture extensive des droits s'impose. Cette vision progressiste des droits, allant au-delà des obligations conventionnelles, est fondée plutôt sur les principes au détriment d'une approche positiviste.⁹⁹ La portée des principes ne doit pas être sous-estimée car ceux-ci vont guider l'adoption et l'application du droit international.¹⁰⁰ Ils sont donc supérieurs aux normes de droit positif car ils reflètent l'idée de droit et de justice et donc la conscience de la communauté internationale.¹⁰¹ Une lecture extensive des droits favorise à la fois l'adoption des principes fondamentaux au travail par l'OIT (A) et l'érosion des différences de traitement entre les travailleurs migrants réguliers et irréguliers par le biais de l'application du principe de non-discrimination par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (B).

A) Les principes fondamentaux au travail reconnus par l'OIT

L'approche de l'OIT a été toujours très claire dès l'adoption de ses premières conventions: elle vise à établir un standard minimum de protection, contrairement à celle de l'ONU, davantage concentrée sur l'égalité de traitement entre les travailleurs migrants et nationaux. La Déclaration

de l'OIT de 1998, relative aux *principes fondamentaux au travail et son suivi* s'inscrit dans cette logique et confirme la validité des conventions adoptées dans le cadre de l'OIT.¹⁰² Elle prévoit une reconnaissance formelle des principes fondamentaux au travail (1), en établissant également un mécanisme de suivi afin de contrôler le respect étatique des engagements souscrits en vertu de la déclaration. Ce mécanisme, fondée sur une interprétation extensive de la charte, est complété par celui établi par le Comité de la liberté syndicale, qui suit une logique similaire. Si ce dernier n'est pas directement lié à la déclaration de l'OIT, il pourrait conférer un accès effectif aux droits des travailleurs migrants en situation irrégulière à travers le contrôle du respect du principe de la liberté syndicale, qui fait partie de l'un des principes reconnus par la Déclaration comme étant fondamentaux (2).

1) L'accès formel aux droits en vertu de la Déclaration de l'OIT

L'originalité de la Déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes fondamentaux au travail et son suivi réside à la fois dans l'explicitation de la signification des principes et des droits dans le contexte de l'économie mondialisée et dans la contribution à l'application universelle de ces droits.¹⁰³ Le préambule souligne que "la garantie des principes et des droits fondamentaux au travail revêt une importance et une signification particulières". Les intéressés doivent être dotés de la possibilité de revendiquer librement et avec des chances égales leur juste participation aux richesses qu'ils ont contribué à générer. L'OIT justifie l'adoption de la Déclaration en raison de l'urgence de "réaffirmer la permanence des principes et droits fondamentaux inscrits dans la Constitution de l'Organisation ainsi que de promouvoir leur application universelle".

Si la Déclaration a été analysée par certains en tant qu'un renforcement de la protection préexistante dans les instruments internationaux, d'autres ont pu souligner qu'elle finit par anéantir les droits, tout en privilégiant une approche flexible et non contraignante.¹⁰⁴ En effet, une telle initiative, qui repose sur la *soft law*, peut s'avérer à la fois positive et négative.¹⁰⁵ Dans le premier cas, cette approche non contraignante se substituerait indirectement à l'approche conventionnelle. Il s'agirait d'un moyen complémentaire de faire en sorte que les Etats respectent les droits fondamentaux des travailleurs prévus dans les conventions du travail considérées fondamentales, même s'ils

ne les ont pas ratifiés. Cela permettrait d'obtenir l'approbation politique d'un nombre plus expressif d'Etats membres. Dans le second cas, l'approche non contraignante pourrait servir à anéantir la ratification, l'application et le respect des conventions fondamentales de l'OIT qui prévoient dans leur texte les principes et droits mentionnés dans la déclaration. Elle représenterait ainsi un retour en arrière car les standards auxquels les principes font référence ont déjà été consacrés en termes de droits par d'autres conventions.¹⁰⁶

Le caractère non contraignant de la déclaration est accentué par le poids démesuré mis sur les principes au détriment d'une approche basée sur les droits. Le choix des principes n'est pas aléatoire. En effet, les principes fondamentaux dont l'OIT fait référence dans sa Déclaration sont ceux qui ont été exprimés et développés sous la forme de droits et d'obligations spécifiques au sein des conventions considérées fondamentales. Il s'agit particulièrement des principes concernant les droits fondamentaux qui font l'objet des conventions relatives à (i) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective; à (ii) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire; (iii) à l'abolition effective du travail des enfants; et à (iv) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. On pourrait toutefois s'interroger sur les raisons du choix de ces quatre principes et droits fondamentaux.¹⁰⁷ La Constitution de l'OIT et la Déclaration de Philadelphie ne mentionnent de façon explicite que trois principes repris dans la Déclaration de 1998: la liberté d'association, la protection du travail des enfants et l'égalité de chances et de traitement. La prohibition du travail forcé ne bénéficiant pas de mention expresse, le Bureau a considéré qu'elle "représente la négation absolue de plusieurs des principes fondamentaux énoncés dans ces textes, en particulier le fait que le travail n'est pas une marchandise et celui selon lequel le travailleur a droit au respect de sa dignité et à l'égalité de chances."¹⁰⁸ C'est ainsi que d'autres principes ont été considérés implicites, leur force normative n'ayant pas été anéantie. On voit que l'approche flexible de l'OIT a été orientée plutôt vers les moyens car l'intention était de permettre aux travailleurs de jouir des droits civils et politiques et de saisir la justice afin d'invoquer leurs droits sous la base de l'égalité de traitement.¹⁰⁹ C'est la raison pour laquelle les droits économiques et sociaux n'ont pas été inclus au sein de la déclaration en tant que principes et droits fondamentaux.

La Déclaration vise donc à rompre avec l'effet relatif des traités en établissant que l'ensemble des Etats membres "même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions."¹¹⁰ Le raisonnement de l'OIT consiste à dire qu'en adhérant librement à l'organisation, les Etats membres ont accepté les principes et droits énoncés dans sa Constitution et dans la Déclaration de Philadelphie. Ils se sont engagés de ce fait à contribuer de bonne foi à la réalisation des objectifs de l'organisation, selon une interprétation téléologique.¹¹¹ Le choix indispensable de cette interprétation évite une lecture statique des traités et permet d'extraire toutes les conséquences explicites ou implicites que la lettre et l'esprit commandent.¹¹² En effet, une organisation ne peut pas rester figée de par sa charte constitutive; elle doit posséder les pouvoirs essentiels à l'accomplissement des fonctions qui lui ont été attribuées, même si ceux-ci ne sont pas expressément énoncés dans sa Charte.¹¹³ Cela est évidemment applicable à l'OIT, la CPIJ ayant très tôt souligné que l'intention des rédacteurs de son traité constitutif était de conférer à cette organisation "des pouvoirs très étendus (...) en vue d'assurer un régime de travail humain et la protection des travailleurs salariés".¹¹⁴ L'OIT doit donc être dotée du pouvoir d'élaborer et de proposer des mesures essentielles à cette fin. Un renforcement de la théorie des pouvoirs implicites a été effectué par son directeur général lors de la révision de la constitution de l'OIT en 1986.¹¹⁵ D'autres initiatives visant à renforcer le mécanisme de contrôle de l'OIT se sont fondées sur la théorie des compétences implicites.¹¹⁶

En l'absence de mention dans le sens contraire, les principes indiqués à la Déclaration de 1998 s'appliquent également à tous les travailleurs migrants, indépendamment de leur statut migratoire, et à tous les Etats membres de l'OIT¹¹⁷ C'est sous cette optique que les travailleurs migrants en situation irrégulière pourront invoquer la déclaration devant les tribunaux nationaux afin de faire respecter les principes fondamentaux prévus à la Déclaration. Ils sont dotés de force normative.¹¹⁸ Cet aspect positif peut toutefois être nuancé si l'on considère que leur interprétation sera à la charge des autorités étatiques: une interprétation restrictive conduira certainement à un niveau de protection plus limité. À part la possibilité d'invoquer les principes devant les systèmes nationaux, qui

ne fait pas l'objet de ce travail, l'objectif ici est de savoir si ces travailleurs auront accès effectif aux principes et droits reconnus par la Déclaration au niveau international.

2) Les possibilités d'accès effectif aux droits devant un organe quasi juridictionnel de contrôle

La Déclaration de l'OIT prévoyant les principes et droits fondamentaux au travail n'a pas prévu au mécanisme permettant l'accès direct des particuliers en cas de violation (2.1). Ils pourront néanmoins accéder, à travers une organisation professionnelle, au Comité de la liberté syndicale en cas de violation du principe de la liberté syndicale et de négociation collective grâce à une interprétation extensive de la Constitution de l'OIT.¹¹⁹ Si le mandat de ce Comité n'est pas lié à la déclaration de l'OIT de 1998, il pourra permettre un accès indirect au principe de la liberté d'association et de négociation collective prévu dans ladite déclaration (2.2).

2.1) L'absence d'accès direct des particuliers en vertu de la Déclaration

Le mécanisme de suivi de la Déclaration de l'OIT de 1998 vise à promouvoir le concours de ladite organisation dans la mise en oeuvre de quatre principes fondamentaux et droits relatifs au travail par les Etats qui n'ont pas ratifié les conventions fondamentales. Il est marqué par son caractère promotionnel et positif.¹²⁰ Néanmoins, les pères fondateurs de la déclaration n'ont pas innové en ce qui concerne les procédures. Ils se sont fondés sur l'article 19, § 5, alinéa e) de la Constitution, qui permet au Conseil d'administration de demander aux Etats membres des rapports au titre des conventions qu'ils n'ont pas ratifiées. La seule distinction entre la procédure classique et celle prévue par la Déclaration tient à sa régularité. Elle englobe à la fois un examen annuel comprenant les progrès réalisés par les Etats qui n'ont pas encore ratifié une ou plusieurs conventions de l'OIT qui font référence directement aux principes et droits mentionnés dans la déclaration,¹²¹ et un rapport global offrant chaque année un bilan global de la situation actuelle portant sur les principes et droits auxquels la déclaration fait référence et permettant de mettre l'accent sur les domaines qui exigent une attention particulière.¹²²

Il convient de souligner que ce mécanisme de contrôle ne permet pas l'accès effectif des particuliers, en l'espèce des travailleurs migrants en

situation irrégulière à un organe *quasi* juridictionnel de contrôle de la déclaration. En effet, le mécanisme de plainte applicable en matière de liberté syndicale a été exclu en réponse à l'opposition ferme de la majorité des gouvernements et du groupe d'employeurs.¹²³ Il serait toutefois souhaitable que de nouveaux comités soient créés soit en vertu d'une révision de la Déclaration de 1998, soit en fonction d'une interprétation téléologique de celle-ci afin de permettre aux particuliers d'exercer leurs droits en cas de violation des principes et droits prévus dans cet instrument. Une telle proposition n'est pas immune aux critiques tendant à rappeler le caractère promotionnel de la déclaration. C'est la raison pour laquelle il faudrait envisager la possibilité de conférer un accès des particuliers au Comité de la liberté syndicale, même si celui-ci n'est pas directement lié à la Déclaration de 1998.

2.2) L'accès indirect des particuliers au Comité de la liberté syndicale

La procédure spéciale de contrôle en matière syndicale, qui a été mise en oeuvre en 1951 avec la création du Comité de la liberté syndicale, a été qualifiée de révolutionnaire. Le principe de la liberté syndicale et de la négociation collective sont considérés en tant que principes fondateurs de l'OIT, ayant été affirmés par la Constitution de l'OIT et par la Déclaration de Philadelphie. Ils ont fait l'objet de deux conventions spécifiques: la Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical et la Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective.¹²⁴ Ces principes sont soumis à une procédure particulière de contrôle devant le Comité, qui peut être engagée même à l'égard des pays qui n'ont pas ratifié les conventions pertinentes.¹²⁵ Cela s'explique en raison de la nature du mandat du Comité, qui découle directement des buts et des objectifs fondamentaux énoncés dans la Constitution de l'OIT. En effet, lorsqu'un Etat adhère à l'OIT il s'engage à respecter les principes fondamentaux prévus dans la Constitution et dans la Déclaration de Philadelphie, y compris le principe de la liberté syndicale. L'action de l'organisation ne pourra donc pas être considérée comme une intervention dans les affaires intérieures car elle s'inscrit dans le cadre du mandat que l'OIT a reçu de ses Etats membres.

Le Comité de la liberté syndicale s'est récemment prononcé sur deux plaintes ayant trait aux droits syndicaux des travailleurs étrangers en situation irrégulière. La première plainte a donné au Comité l'opportunité d'interpréter de manière

téléologique la notion de travailleur pour que les droits dérivés de la Convention sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948 s'appliquent également aux travailleurs migrants en situation irrégulière (2.2.1). La seconde plainte, de sa part, a également permis l'utilisation de cette même interprétation de la Constitution de l'OIT afin d'établir la compétence du comité de la liberté syndicale, indépendamment de la ratification des conventions internationales s'y rapportant (2.2.2).

2.2.1) Une interprétation téléologique conduisant à élargir la notion de travailleur

L'Union générale des travailleurs (UGT), un syndicat espagnol, a introduit une plainte à propos d'une nouvelle loi espagnole subordonnant l'exercice des droits syndicaux à l'obtention d'un permis de séjour.¹²⁶ L'organisation plaignante considère que la loi constitue une violation de la convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948, qui a été dûment ratifiée par l'Espagne. La nouvelle loi limite l'exercice des libertés syndicales et des droits de grève, de réunion, de manifestation et d'association et de négociation collective. Son objectif est de permettre aux étrangers de jouir de ces droits et libertés uniquement après "obtention du permis de séjour ou de résidence en Espagne". L'organisation soutient, en outre, que cette nouvelle situation juridique résulte d'une politique de dissuasion menée par le gouvernement à l'égard des étrangers en situation irrégulière dans le pays et à l'égard des futurs immigrés. Elle affirme que l'attitude du gouvernement espagnol viole plusieurs instruments consacrés à la protection des droits de l'homme au niveau international et régional, étant également condamnable du point de vue social. Ce comportement est particulièrement discriminatoire à l'égard des étrangers en situation irrégulière qui vivent dans le pays.

Dans sa réponse, le gouvernement précise que la restriction des droits des étrangers séjournant illégalement dans le pays n'est pas motivée par le fait qu'ils sont étrangers, mais justement par le fait qu'ils sont en situation irrégulière. Il affirme que l'immigrant irrégulier se trouve dans une situation juridique à fois singulière et contradictoire "car si, en tant que personne, il jouit indiscutablement de droits et de libertés, sa situation irrégulière le tient cependant à l'écart du système juridique qui, dans les sociétés actuelles, l'autoriserait à jouir de manière effective de tels

droits et libertés.¹²⁷ Selon le gouvernement espagnol, la loi espagnole a pour seul objectif d'établir une distinction claire entre, d'une part, les travailleurs migrants légaux, qui jouissent des droits syndicaux sur un pied d'égalité avec les ressortissants nationaux, et, d'autre part, les travailleurs migrants "en situation irrégulière".

Le Comité a suivi le raisonnement de l'organisation plaignante et a réalisé une interprétation extensive de la notion de "travailleur" contenue dans l'article 2 de la convention n° 87 de l'OIT. Il a souligné que la seule limitation admise au champ d'application de la convention était celle prévue par l'article 9 de la convention n° 87, concernant les forces armées et la police. Selon le Comité, aux termes de l'article 2 de la convention n° 87, les travailleurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de s'affilier aux organisations de leur choix. Tous les travailleurs sont donc couverts par la Convention n° 87. Par conséquent, le Comité a demandé au gouvernement de tenir compte de l'article 2 de la Convention n° 87 dans sa législation interne de façon à ce que tous les syndicats puissent avoir le droit de représenter et d'assister les travailleurs couverts par la convention en vue de défendre et promouvoir leurs intérêts, quelque soit leur statut au regard du droit interne.

Selon l'expérience apportée par le Comité de la liberté syndicale, on soutient qu'il est possible d'effectuer une interprétation extensive de la notion de travailleur pour inclure ceux en situation irrégulière dans le champ d'application de toutes les autres conventions de l'OIT, indépendamment de toute mention contraire. En effet, une mention explicite contraire ne serait pas un obstacle insurmontable à l'interprétation téléologique, en témoigne la pratique du Comité européen des droits sociaux.¹²⁸ Ce serait une façon d'élargir leur protection et d'appliquer les droits du travail à tous les travailleurs, indépendamment de la régularité de leur situation dans l'Etat d'emploi.

2.2.2) Une interprétation téléologique conduisant à établir la compétence du Comité de la liberté syndicale

La seconde plainte ne concerne pas le droit des travailleurs en situation irrégulière de s'affilier à un syndicat. Elle porte sur l'efficacité des sanctions dont un employeur devrait faire l'objet en cas de discrimination d'un travailleur étranger en situation irrégulière en raison de son activité

syndicale.¹²⁹ La Fédération américaine du travail et Congrès des organisations industrielles (AFL-CIO)¹³⁰ et la Confédération des travailleurs du Mexique (CTM)¹³¹ ont présenté une plainte en 2002, à la suite de la décision prise dans la même année par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Hoffman Plastic Compounds contre le Conseil national des relations professionnelles*. En se fondant sur les lois relatives à l'immigration, la Cour suprême des Etats-Unis avait annulé une décision du Conseil national des relations professionnelles (NLRB) et de la Cour d'appel fédérale accordant rétroactivement à un travailleur en situation irrégulière les salaires qu'il aurait perçus s'il n'avait pas été illicitement licencié pour son activité syndicale.¹³² Les organisations plaignantes allèguent que ladite décision met en situation difficile plus d'un million de travailleurs, qui ne pourront plus exercer leurs droit relatif à la liberté syndicale du fait de leur situation irrégulière au regard des lois sur l'immigration. Elle viole les obligations au titre des conventions n° 87 et 98 de l'OIT, ainsi que de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998.

Dans sa communication présentée en 2003, le gouvernement américain rappelle tout d'abord que les Etats-Unis n'ont pas ratifié les conventions n° 87 et 98 et qu'ils n'ont de ce fait aucune obligation juridique internationale au titre de ces instruments. Ce pays a également affirmé que "la Déclaration de l'OIT est une déclaration de principes non contraignante, qu'il ne s'agit pas d'un traité et qu'elle ne donne naissance à aucune obligation juridique."¹³³ Ces arguments ont donné au Comité l'opportunité de développer un raisonnement orienté vers les buts et objectifs fondamentaux de l'OIT. En effet, il a rappelé que "depuis sa création en 1951, le Comité a été chargé d'examiner les plaintes alléguant des violations de la liberté syndicale indépendamment du fait que le pays ait ou non ratifié les conventions pertinentes de l'OIT". Le Comité a insisté sur le fait que son mandat n'est pas lié à la Déclaration de l'OIT de 1998, qui possède ses propres mécanismes de suivi; celui-ci découle directement des buts et des objectifs fondamentaux énoncés dans la Constitution de l'OIT. Si l'organisation dispose d'une compétence en matière de liberté syndicale et de protection de l'individu, sa fonction est de contribuer à la mise en oeuvre effective des principes généraux de la liberté syndicale, l'une des garanties primordiales de la paix et de la justice sociale. Ce raisonnement a permis au Comité d'établir sa propre compétence afin d'examiner la

plainte en cause, indépendamment de l'absence de ratification par les Etats-Unis des conventions invoquées par l'organisation plaignante.

La question qui se pose au Comité consiste à savoir si les voies de recours restant à la disposition des travailleurs en situation irrégulière capables de les protéger dans l'exercice de leur liberté d'association après la décision Hoffman peuvent être considérées comme étant suffisantes afin de "garantir que ces droits ont une signification véritable" ou qu'ils soient efficacement protégés.¹³⁴ Selon le plaignant, les voies de recours disponibles sont insuffisantes pour protéger les droits des travailleurs étrangers en matière de liberté syndicale en raison de l'intimidation exercée à l'encontre des travailleurs étrangers. Ceux-ci subissent le risque d'être licenciés et d'être expulsés, ce qui éviterait toute sorte de revendication. La situation est particulièrement grave lorsque l'on considère l'existence d'environ 8 millions de travailleurs en situation irrégulière aux Etats-Unis. Le Comité a insisté que la reconnaissance formelle des droits par la législation américaine, qui interdit les actes de discrimination antisyndicale, ne sera pas suffisante sans être accompagnée de "procédures efficaces assurant une protection adéquate contre de tels actes."¹³⁵ Après avoir évalué la législation américaine, le Comité a conclu que les voies de recours disponibles en cas de licenciement illégal de travailleurs en situation irrégulière ne sont pas suffisantes afin d'assurer une protection efficace contre les actes de discrimination antisyndicale. Cette lacune devrait faire l'objet d'une mesure étatique afin d'éviter d'éventuels abus ou mesures d'intimidation, ainsi que "toute restriction à l'exercice effectif de leurs droits fondamentaux en matière syndicale."¹³⁶ Le Comité a finalement invité les Etats-Unis à modifier la législation afin de la mettre en conformité avec les "principes de la liberté syndicale" de façon à garantir la protection effective de tous les travailleurs migrants.

Il est donc clair que le Comité de la liberté syndicale confère une voie de recours privilégiée pour les individus qui ont leur droit violé résultant du principe fondamental de la liberté syndicale reconnu par la Constitution de l'OIT et par la Déclaration de 1998. Si ce Comité ne peut pas se prononcer à l'égard des autres principes reconnus par ladite Déclaration, une violation de ceux-ci ne fait l'objet d'aucun contrôle par l'OIT. Cela n'empêche pas la création d'autres comités afin de contrôler le respect des principes considérés fondamentaux par l'OIT, prévus dans sa constitution. Le même raisonnement qui a conduit à la créa-

tion du Comité de la liberté syndicale confirme cette possibilité.

Ces deux cas montrent bien qu'une lecture extensive à travers l'interprétation téléologique s'impose afin d'assurer la protection et l'accès effectif des travailleurs migrants en situation irrégulière. Il s'agit bien d'une lecture qui va au-delà de l'approche traditionnelle, pouvant permettre l'accès effectif des travailleurs migrants en situation irrégulière aux principes et droits fondamentaux du travail. Cette même idée s'applique à l'initiative prise par la Cour interaméricaine des droits de l'homme lorsqu'elle a reconnu l'applicabilité du principe de non discrimination et d'égalité devant la loi aux travailleurs migrants en situation irrégulière.

B) Le principe de non discrimination et d'égalité devant la loi appliqué par la Cour interaméricaine des droits de l'homme

Un nombre non négligeable d'instruments internationaux réserve le bénéfice de certains droits aux seuls travailleurs migrants en situation régulière, la régularité du séjour constituant un motif légitime pour fonder les différences de traitement et donc de protection. Si cette lecture est privilégiée en droit international des droits de l'homme, son bien-fondé tend à être remis en cause au nom d'une interprétation extensive ou progressiste du principe de non discrimination.¹³⁷ La prise en compte des travailleurs migrants en situation irrégulière en tant que sujets des droits de l'homme tend à neutraliser les différences de traitement avec les travailleurs migrants en situation régulière et nationaux. La Cour interaméricaine s'est engagée sur cette voie dans son avis consultatif n° 18 relatif à la *condition juridique et aux droits des travailleurs migrants illégaux*. La question relative au statut juridique des travailleurs migrants en situation irrégulière et leurs droits y était centrale. Cet avis a fait couler beaucoup d'encre.¹³⁸ Marqué par les arguments de l'ancien président de la Cour interaméricaine, le juge Antônio Augusto Cançado Trindade, il s'inscrit dans une perspective d'"humanisation du droit international des droits de l'homme."¹³⁹ Celle-ci implique une construction juridique fondée sur le dépassement du "positivisme juridique" au profit d'un droit universel, retrouvé grâce à la "conscience juridique universelle" ou l'*opinio juris communis*, source matérielle du droit des gens, qui est applicable tant aux Etats quant aux individus.¹⁴⁰

Il faut, en effet, retrouver l'homme en dehors des pesanteurs égoïstes exprimés par la souveraineté étatique.¹⁴¹ C'est l'homme qui doit occuper la position centrale en tant que sujet de droit interne et international.¹⁴² La situation de vulnérabilité des travailleurs migrants en situation irrégulière est particulièrement illustrative de la nécessité de protéger l'homme. L'invisibilité apparente de ces travailleurs n'a donc pas pour effet d'effacer leur humanité et ne les condamne pas à l'inexistence. L'avis de la Cour interaméricaine a permis de "retrouver" les travailleurs migrants en situation irrégulière par le biais de l'application formelle du principe de non discrimination et d'égalité devant la loi (1). On pourrait toutefois s'interroger sur le point de savoir si cette reconnaissance produit des effets tangibles, pouvant être traduite par la concession de leur accès effectif aux systèmes de protection des droits de l'homme (2).

1) L'accès formel aux droits en vertu du principe de non discrimination et d'égalité devant la loi

Le principe de non discrimination et d'égalité devant la loi a été appliqué par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (C.I.D.H.) dans le cadre d'une demande d'avis soumise par le Mexique. Cette demande faisait référence à la privation de la jouissance et de l'exercice par les travailleurs migrants de certains droits concernant le travail. Il s'agissait notamment de leur compatibilité avec l'obligation étatique de garantir les principes de l'égalité juridique, de non discrimination et de protection égalitaire et effective de la loi consacrés dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme.¹⁴³ La demande en cause a été motivée par l'attitude récurrente des États-Unis d'empêcher la jouissance des droits du travail et de l'homme aux travailleurs mexicains irréguliers dans ce pays. En effet, le Mexique ne cache pas sa préoccupation en vertu du revirement jurisprudentiel émanant de la décision de la Cour Suprême nord-américaine dans l'affaire *Hoffman Plastics Compound Inc.*, qui tend à ouvrir la voie à toute sorte d'abus contre les travailleurs migrants sans papiers.¹⁴⁴ L'impossibilité de saisir la C.I.D.H. dans le cadre d'une procédure contentieuse afin d'engager la responsabilité des États-Unis pour des violations des droits de l'homme n'a pas pour autant découragé la demande mexicaine d'un avis général sur la question relative aux droits des travailleurs migrants irréguliers de façon à produire des effets indirects sur le territoire des États-Unis.¹⁴⁵

Le Mexique s'est posé la question de savoir si un Etat américain pourrait, en vertu de son droit du travail, établir un traitement différent portant préjudice aux travailleurs migrants sans papiers par rapport aux résidents légaux ou citoyens. Le statut migratoire des travailleurs sert-il à empêcher lui-seul la jouissance de tels droits? Le Mexique voulait savoir si une telle privation serait compatible avec les devoirs d'un Etat américain qui consiste à garantir la non discrimination et la protection égalitaire et effective devant la loi, conformément aux dispositions des instruments régionaux des droits de l'homme.¹⁴⁶ Dans le cas où un Etat américain subordonnerait le respect des droits fondamentaux de l'homme, notamment le droit à l'égalité devant la loi et à la protection égale sans discrimination aux objectifs de sa politique migratoire nationale quel serait la validité d'une telle interprétation face aux droits de l'homme opposables *erga omnes*¹⁴⁷? Enfin, le principe de non discrimination et le droit à la protection égalitaire et effective devant la loi, de même que les effets juridiques qui en découlent peuvent-ils être considérés comme faisant partie des normes de *jus cogens*¹⁴⁸? La Cour a considéré que ce principe relève du domaine du *jus cogens* (1.1) et s'applique donc à tous les travailleurs migrants, indépendamment de leur statut migratoire (1.2). Ce même principe indique que les droits du travail s'appliquent à tous les travailleurs migrants car ceux-ci résultent de la condition même de travailleur (1.3).

1.1) Le principe de non discrimination et d'égalité devant la loi relève du *jus cogens*

Dans son raisonnement, la Cour a analysé d'abord le principe d'égalité et de non-discrimination pour ensuite pouvoir l'appliquer aux migrants.¹⁴⁹ Elle a observé que la reconnaissance du principe de l'égalité devant la loi fait en sorte que tout traitement discriminatoire soit interdit¹⁵⁰. L'égalité devant la loi et la non-discrimination sont donc inséparables car elles comportent à la fois une connotation positive et négative. Toutefois, il n'y aura pas de discrimination si une différence de traitement possède un objectif légitime, n'aboutissant pas à des situations contraires à la justice. La Cour affirme que le principe d'égalité devant la loi et de non discrimination imprègne l'activité du pouvoir étatique à propos du respect et de la garantie des droits de l'homme. Un Etat ne peut agir, soit sur le plan international ou interne, de façon contraire au principe d'égalité et de non discrimination au détriment d'un groupe

de personnes. Ce principe impératif du droit international général est applicable à tous les Etats, indépendamment du fait qu'ils fassent ou non partie d'un traité international quelconque et crée des effets à l'égard des tiers, y compris des individus. La Cour est allée très loin en considérant qu'"en la phase actuelle du droit international, le principe fondamental d'égalité devant la loi et de non discrimination est rentré dans le domaine du *jus cogens*."¹⁵¹ On sait que les conséquences qui en découlent ne sont pas négligeables.¹⁵² Le principe fondamental d'égalité et non-discrimination s'appliquerait donc à tous les Etats, produisant des obligations *erga omnes* (objectives) de protection qui doivent être assurées horizontalement et verticalement.¹⁵³ A partir d'une telle interprétation, l'Etat n'est plus autorisé à empêcher l'accès des individus aux droits et à la justice de façon discriminatoire.

1.2) Le principe de non discrimination et d'égalité devant la loi s'applique à tous les travailleurs migrants

Après avoir qualifié ce principe, il faudrait évaluer son application aux migrants, notamment aux travailleurs migrants en situation irrégulière.¹⁵⁴ Ceux-ci se trouvent dans une condition de vulnérabilité par rapports aux nationaux ou résidents, renforcée par des situations inégalitaires de *jure* et de *facto* qui ne leur permettent pas d'accéder au service public de façon égalitaire.¹⁵⁵ Ils passent donc leur vie avec "un sentiment permanent d'injustice."¹⁵⁶ La Cour a repris son raisonnement pour affirmer que la situation irrégulière d'une personne n'est pas une condition nécessaire pour qu'un Etat respecte et garantisse le principe d'égalité et de non discrimination.¹⁵⁷ Par conséquent, les Etats ne peuvent pas discriminer ou tolérer des situations discriminatoires contre les migrants, ce qui ne les empêche pas toutefois de leur octroyer un traitement différencié en fonction de la régularité ou non du migrant.¹⁵⁸ Le principe d'égalité et non-discrimination permet d'extraire des obligations positives et négatives à la charge des Etats, dont le respect peut être exigé par les individus.

1.3) Les droits qui résultent de l'application du principe de non discrimination et d'égalité devant la loi

Finalement, la Cour s'est consacrée à analyser les droits des travailleurs migrants sans papiers en application du principe d'égalité et

non-discrimination.¹⁵⁹ Elle a affirmé catégoriquement que "les droits du travail découlent nécessairement de la condition de travailleur, celle-ci entendue dans le sens le plus vaste. Toute personne qui va exercer, exerce ou a exercé une activité rémunérée, acquiert automatiquement la condition de travailleur et, par conséquent, les droits inhérents à ladite condition."¹⁶⁰ Une fois initié un rapport de travail dans un Etat d'emploi, celui-ci doit obligatoirement assurer le respect et la garantie de la jouissance des droits du travail sans aucune discrimination. La situation du travailleur migrant, qu'elle soit ou non régulière, est à cet effet dérisoire. Elle ne peut pas constituer une justification légitime pour le priver de la jouissance et de l'exercice de ses droits, y compris ceux du travail. La reconnaissance des droits du travail s'avère une conséquence logique et automatique du rapport de travail qui s'est établi.¹⁶¹ En effet, le travailleur migrant irrégulier ne peut pas vivre dans un néant juridique à cause de sa situation irrégulière car il est avant tout un travailleur et doit jouir des droits inhérents à cette condition. Par conséquent, un Etat serait tenu responsable devant le droit international si, d'une part, il ne veillait pas à ce que tous les droits du travail que son ordre juridique établit soient reconnus et appliqués dans l'ensemble du territoire par les acteurs publics et privés et, d'autre part, s'il tolérerait des actions et des pratiques de tiers qui portent préjudice aux travailleurs migrants.

La Cour donne quelques exemples de pratiques contraires aux droits de l'homme des travailleurs migrants, comme la négation du droit à la retraite pour un travailleur qui remplit les exigences de la loi et du droit de faire valoir ses droits devant un tribunal compétent de l'Etat d'emploi.¹⁶² Elle affirme que le droit à un procès équitable fait partie des droits minimaux qui doivent être garantis aux migrants, indépendamment de leur statut migratoire.¹⁶³ Il s'agit donc d'une réponse indirecte à l'attitude de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Hoffman*.¹⁶⁴ Ces garanties judiciaires minimales doivent être respectées notamment dans les procédures administratives et dans toute autre procédure susceptible d'affecter les droits de l'homme.¹⁶⁵ La Cour cite en tant que droits inaliénables de tous les travailleurs migrants la prohibition du travail forcé ou obligatoire, la prohibition et l'abolition du travail des enfants, la protection des femmes au travail, ainsi que les droits relatifs à l'association et à la liberté syndicale, la négociation collective, le salaire adéquat pour un travail dûment réalisé, la sécurité sociale, les garanties judiciaires et administratives, la journée de travail

de durée raisonnable et dotée de conditions adéquates en ce qui concerne la sécurité et l'hygiène, le repos et l'indemnisation.¹⁶⁶ S'il ne s'agit pas d'une liste exhaustive des droits inaliénables, ces exemples semblent néanmoins élargir les quatre principes fondamentaux du droit du travail énoncés par l'OIT.¹⁶⁷ En l'absence d'identification des droits substantifs,¹⁶⁸ on peut penser que les conséquences de l'avis consultatif n° 18/03 à l'égard des travailleurs migrants seront plus importantes en ce qui concerne les Etats disposant d'une protection plus amplifiée au niveau national¹⁶⁹. Le travailleur migrant peut donc continuer à bénéficier d'une protection à la carte, dépendante du niveau de protection assuré par l'Etat d'emploi selon sa législation nationale.

Cet avis montre donc qu'une éventuelle résorption des différences de traitement fondées sur la régularité ou non du séjour du travailleur migrant pourrait être envisagée par le biais d'un enrichissement, voire d'une hypertrophie du principe de non discrimination en tant que norme du droit international en général.¹⁷⁰ Il s'agit de l'interprétation la plus progressiste des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière déjà adoptée. Si elle est effectivement applicable à tous les Etats membres de l'OEA,¹⁷¹ son effet ne demeure pas moins visible à l'égard des Etats en dehors du système.¹⁷² Elle pourra donc motiver le développement d'une jurisprudence compréhensive plus orientée vers la souveraineté des individus au détriment du respect absolu de la souveraineté étatique.¹⁷³ Il faudra savoir à présent si les travailleurs migrants en situation irrégulière, qui en sont les principaux bénéficiaires, pourront avoir accès effectif au principe de non discrimination et d'égalité devant la loi devant les organes juridictionnels de contrôle.

3) Les possibilités d'accès effectif aux droits devant les organes juridictionnels de contrôle

On a vu que la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme a joué un rôle majeur en ce qui concerne la protection des travailleurs migrants et la reconnaissance de leurs droits. Le juge interaméricain a surmonté les obstacles à l'universalisation des droits des travailleurs migrants par le biais d'une interprétation utile qui a dépassé le cadre conventionnel lorsqu'il a affirmé que le principe de non discrimination s'applique à tous les travailleurs migrants indépendamment de leur statut migratoire.¹⁷⁴ Partant de l'apport de la Cour inte-

raméricaine, il faudra évaluer si les travailleurs migrants en situation irrégulière pourront désormais avoir accès effectif à leurs droits, faisant valoir devant les juridictions internationales les obligations *erga omnes* de protection, ou si les développements énoncés dans l'avis de la Cour tendent à se limiter à la sphère formelle. Il s'agit ici de l'aboutissement de la consécration réelle des droits par les cours des systèmes des droits de l'homme. On parle d'un "droit au droit", en d'autres termes d'"un droit à un ordre juridique – tant au niveau national qu'international – qui sauvegarde effectivement les droits fondamentaux de la personne humaine."¹⁷⁵

Malgré les développements de la Cour interaméricaine, les travailleurs migrants en situation irrégulière sont toujours confrontés à quelques difficultés essentielles afin d'accéder à la justice internationale et d'obtenir la réalisation de leurs droits.¹⁷⁶ Leur accès effectif se heurte, tout d'abord, à la difficulté de leur conférer un accès direct devant les systèmes internationaux des droits de l'homme (2.1). Si cette difficulté n'est pas particulière à cette catégorie de travailleurs, elle produit des incidences sur leur accès à la justice sur le plan international. Le droit des particuliers de présenter une requête, ainsi que la nécessité de prévoir la juridiction obligatoire des tribunaux internationaux sont nécessairement liées (2.2). On pourrait dire qu'elles "constituent les véritables pierres angulaires de la protection internationale des droits de la personne."¹⁷⁷ Elles conditionnent l'accès des particuliers à la justice internationale, "ce qui constitue une véritable révolution juridique."¹⁷⁸ Au-delà de reconnaître la juridiction obligatoire des cours des systèmes de protection des droits de l'homme, l'accès effectif des travailleurs migrants en situation irrégulière pourrait se heurter également à la règle de l'épuisement des voies de recours internes (2.3).

2.1) La nécessité d'un accès direct devant les systèmes internationaux des droits de l'homme

Le système interaméricain empêche les particuliers d'accéder directement à la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Ils peuvent uniquement soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou des plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un Etat partie.¹⁷⁹ Le système interaméricain n'octroie que le *locus standi in judicio* à toutes les étapes de la procédure devant la Cour.¹⁸⁰ Si l'on a pu se féliciter de ce progrès déjà accompli,

la limitation de l'accès direct mérite d'être réexaminée. En effet, elle a été maintes fois soulignée par l'ancien président de la Cour, le juge Antônio Augusto Cançado Trindade, qui a proposé de réviser le règlement afin de prévoir l'accès direct des particuliers devant le système interaméricain.¹⁸¹ Selon le juge, la reconnaissance de *legitimatío ad causam* des particuliers devant les instances internationales répond à une "nécessité de l'ordre juridique international lui-même."¹⁸²

Suivant cette logique, à partir de l'entrée en vigueur du protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme, le 1er novembre 1998, le mécanisme de contrôle de la Convention européenne a été modifié en accordant aux individus l'accès direct à la Cour européenne (*jus standi*) en tant que sujets de droit international des droits de l'homme.¹⁸³ Une voie moyenne a été trouvée par le protocole instituant la récente Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, entrée en vigueur le 25 janvier 2004 après le dépôt de quinze instruments de ratification.¹⁸⁴ Il établit que les individus ou les organisations non gouvernementales pourront introduire des requêtes directement devant la Cour, conformément à l'article 34, § 6 du protocole.¹⁸⁵ Cet article prévoit un système de déclaration facultative unilatérale de la part des Etats portant acceptation de la compétence de la Cour afin d'examiner les requêtes individuelles. C'est la condition imposée par le protocole afin qu'un particulier puisse accéder à la Cour africaine.

2.2) La nécessité de prévoir la juridiction obligatoire des tribunaux internationaux

La seconde "pierre angulaire de la protection internationale des droits de la personne" consiste en la nécessité de reconnaître la juridiction obligatoire des cours des systèmes de protection des droits de l'homme, qui produit des incidences directes sur l'accès effectif des travailleurs migrants en situation irrégulière. L'importance de prévoir la reconnaissance étatique sans réserve de la juridiction obligatoire des cours internationales a été déjà évoquée.¹⁸⁶ En ce qui concerne la Cour interaméricaine, son ancien président, le juge Cançado Trindade, avait souligné maintes fois la nécessité de prévoir l'automatisme de la compétence contentieuse obligatoire de la Cour par le biais de l'acceptation étatique sans réserve, ainsi que de l'amendement de la disposition relative à sa compétence.¹⁸⁷ Ce serait la seule façon de surmonter

les difficultés découlant du caractère facultatif de l'acceptation de sa compétence contentieuse.

Cette question se pose particulièrement dans le contexte de l'avis consultatif n° 18 rendu par la Cour interaméricaine, dans lequel le principe de non discrimination a été qualifié en tant qu'une norme de *jus cogens*. On pourrait s'interroger sur le point de savoir si le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme de *jus cogens* et des obligations *erga omnes* qui en découlent ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître, indépendamment de la règle du consentement des parties à l'exercice de sa juridiction. Une telle possibilité a été invoquée par le Congo afin de fonder la compétence de la C.I.J. pour statuer sur l'affaire relative aux activités armées. Dans son arrêt de 2006, concernant la compétence et recevabilité, la C.I.J. a réitéré que "l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes."¹⁸⁸ Elle considère que "le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* seraient en cause dans un différend ne saurait [lui] donner compétence" pour connaître d'un différend.¹⁸⁹ Par conséquent, le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant le caractère de *jus cogens* ne pourrait pas constituer tout seul le fondement de sa compétence car celle-ci "est toujours fondée sur le consentement des parties."¹⁹⁰ Dans le cas contraire, la Cour serait rapidement encombrée par des plaideurs se contentant d'invoquer la violation de l'interdiction du recours à la force, reconnue en tant que norme impérative, afin de fonder sa compétence.¹⁹¹

On pourrait transposer cette logique à l'affaire en l'espèce afin de considérer que la mise en cause du principe de non discrimination, qualifié de *jus cogens*, ne serait pas de nature à fonder lui-seul la compétence des cours des systèmes de protection des droits de l'homme, dont la compétence est conditionnée par le consentement des Etats en cause. Les travailleurs migrants en situation irrégulière ne peuvent donc pas écarter le volontarisme étatique en cas de violation du principe de non discrimination, leur protection demeurant entre les mains des Etats d'emploi. Néanmoins, si la juridiction des cours internationales est en général de nature consensuelle, cela n'empêche pas de considérer le caractère transitoire de cette règle. Dans sa déclaration relative à l'arrêt du 3 février 2006, le juge Elaraby a souligné l'importance de l'acceptation par les Etats de la juridiction obligatoire de la Cour, tout en affirmant qu'à l'heure actuelle le règlement judiciaire

international est, en général, consensuel.¹⁹² Cette limitation intrinsèque du Statut, qui reflète les limites du système judiciaire international en général, consiste à des “vestiges d’une époque révolue”, qui doivent être réexaminés.¹⁹³ Selon le juge, il est devenu impératif, au XXI^e siècle, de surmonter les obstacles à l’établissement de la compétence de la Cour. Pour ce faire, il semble nécessaire de modifier la disposition qui prévoit la nature consensuelle de la compétence de la Cour.¹⁹⁴ Il en va de même en ce qui concerne les cours des systèmes de protection des droits de l’homme. L’avis consultatif de la Cour interaméricaine pourrait motiver cette nécessité au profit de la reconnaissance effective des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière.

2.3) La nécessité de flexibiliser la règle de l’épuisement des voies de recours internes

La règle de l’épuisement des voies de recours internes s’avère particulièrement inadéquate à la situation juridique des travailleurs migrants en situation irrégulière. Elle est prévue en tant que condition de recevabilité des réclamations devant les systèmes *quasi* juridictionnels et juridictionnels de contrôle, à l’instar de la Convention américaine relative aux droits de l’homme,¹⁹⁵ du Protocole n^o 11 de la Cour européenne des droits de l’homme¹⁹⁶ et de la Charte africaine des droits de l’homme et des peuples.¹⁹⁷ Néanmoins, cette règle ne trouverait pas à s’appliquer au cas où le travailleur migrant démontrerait que ceux-ci n’étaient pas effectifs, disponibles et opérants,¹⁹⁸ ce qui est souvent le cas en ce qui les concerne. En effet, selon un principe bien établi en droit international, la règle relative à l’épuisement des recours internes ne s’applique pas aux recours qui n’ont objectivement aucune chance d’aboutir.¹⁹⁹ Il faudra donc effectuer un test de l’effectivité des recours disponibles.²⁰⁰

Pour que le droit d’accès à la justice soit effectif encore faut-il que le justiciable puisse être entendu par un juge sans être confronté à des obstacles insurmontables ou difficiles,²⁰¹ comme par exemple le risque d’expulsion des travailleurs migrants en situation irrégulière.²⁰² Les nombreuses difficultés auxquelles font face ces travailleurs ont amené le Comité sur les travailleurs migrants, institué en vertu de l’article 77 de la Convention sur la protection des travailleurs migrants et des membres de leurs familles, à souligner que la règle de l’épuisement des voies de recours internes disponibles ne s’applique pas “s’il est peu probable

que les voies de recours donneraient une satisfaction effective à ce particulier”. La flexibilisation de la règle de l’épuisement des recours internes est donc essentielle afin faciliter l’accès effectif des travailleurs migrants en situation irrégulière aux systèmes internationaux de protection.

CONCLUSION

On sait que la protection des travailleurs migrants en situation irrégulière a été tardivement prise en compte par la communauté internationale. Les initiatives adoptées au niveau international et régional laissent toujours une grande marge de manoeuvre aux Etats car la politique migratoire et la lutte contre l’immigration irrégulière sont privilégiées au détriment des mesures de protection. Le paradoxe est évident si l’on analyse les solutions apportées par l’OIT et par l’ONU dans ce domaine, qui reflètent une lecture restrictive des droits. Les deux organisations ont réalisé une protection à *la carte* des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière. Si cette protection semble être renforcée par l’ONU, il en demeure plusieurs différences de traitement par rapport aux travailleurs migrants en situation régulière qui indiquent que l’égalité de traitement ne semble qu’illusoire.

Malgré la reconnaissance formelle des droits au sein de l’OIT et de l’ONU, une telle reconnaissance ne répercute pas sur la jouissance des droits, qui est l’une des préoccupations fondamentales de ce travail de recherche. En effet, l’évaluation conjointe de l’accès formel et effectif dans le cadre d’une lecture restrictive des droits met en évidence un décalage évident entre ceux-ci. Un accès formel limité produit des conséquences non négligeables sur l’accès effectif, qui semble sommeiller dans les textes conventionnels faute d’une prise de conscience des Etats d’emploi. Cette hypothèse est confirmée par l’absence d’accès des travailleurs migrants en situation irrégulière aux organes *quasi* juridictionnels de contrôle, leur saisine étant dépendante de l’acceptation ou de la ratification des conventions s’y rapportant par l’Etat en cause. De fait, si le Comité des travailleurs migrants est toujours inopérant, le Comité tripartite quant à lui n’a pas encore analysé des plaintes provenant d’une organisation professionnelle ayant trait aux droits des travailleurs migrants en situation irrégulière.

Une approche extensive ou progressiste des droits, fondée sur les principes découlant de la justice objective, pourrait promouvoir un meilleur accès formel aux droits et diminuer l’écart entre

l'accès formel et effectif. C'est sous cette base que la reconnaissance et la jouissance des droits pourrait être assurée aux travailleurs migrants en situation irrégulière, sans être confrontée aux résistances étatiques. Les principes y jouent un rôle essentiel, notamment dans le cas où l'approche conventionnelle se montre insuffisante. Cette tendance a été mise en oeuvre par l'OIT dans sa Déclaration relative aux principes fondamentaux au travail et par la Cour interaméricaine dans son avis consultatif n° 18/2003. Ces deux prises de position ont été importantes afin de surmonter les obstacles résultant de l'absence d'acceptation des standards internationaux et de permettre ainsi d'assurer la réalisation des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière. Si cette lecture extensive des droits semble effectivement élargir l'accès formel aux droits en favorisant une érosion des différences de traitement entre les travailleurs migrants en situation régulière et irrégulière, elle se heurte toutefois à quelques difficultés concrètes mettant en cause son utilité réelle. L'absence d'un

mécanisme capable de permettre la jouissance des droits reconnus formellement viderait donc de toute utilité les initiatives fondées sur les principes.

Qu'elles soient restrictives ou extensives, les approches développées au cours de ce travail ne laissent pas encore présager une diminution importante du décalage entre l'accès formel et effectif devant les systèmes international et régional. Dans l'absence d'un accès simple, rapide et effectif devant les tribunaux nationaux, les travailleurs migrants en situation irrégulière demeurent des acteurs invisibles dans la société où ils vivent. Leur protection est entre les mains des Etats d'emploi. Ils s'apparentent à "l'étranger" d'Albert Camus, étant condamnés par la société au cas où ils ne joueraient pas le jeu.²⁰³ Revendiquer leurs droits signifierait rompre avec l'apparente invisibilité de leur situation juridique, avec toutes les conséquences négatives qui en découlent. Le prix à payer afin de renoncer au sentiment permanent d'injustice peut s'avérer trop cher.

BIBLIOGRAPHIE

I - Documents de l'ONU et l'OIT

A) Conventions

Convention n° 29 sur le travail forcé, adoptée le 28 juin 1930, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1932.

Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, adoptée le 9 juillet 1948, entrée en vigueur le 4 juillet 1950.

Convention n° 97 sur les travailleurs migrants (révisée), adoptée le 1^{er} juillet 1949, entrée en vigueur le 22 janvier 1952.

Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, adoptée le 1^{er} juillet 1949, entrée en vigueur le 18 juillet 1951.

Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération, adoptée le 29 juin 1951, entrée en vigueur le 23 mai 1953.

Convention n° 105 sur l'abolition du travail forcé, adoptée le 25 juin 1957, entrée en vigueur le 17 janvier 1959.

Convention n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession), adoptée le 25 juin 1958, entrée en vigueur le 15 juin 1960.

Convention n° 138 sur l'âge minimum, adoptée le 26 juin 1973, entrée en vigueur le 19 juin 1976.

Convention n° 143 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), adoptée le 23 juin 1975, entrée en vigueur le 9 décembre 1978.

Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, adoptée le 17 juin 1999, entrée en vigueur le 19 novembre 2000.

Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003.

B) Recommandations

Recommandation n° 86 sur les travailleurs migrants (révisée), adoptée le 1^{er} juillet 1949.

Recommandation n° 151 sur les travailleurs migrants, adoptée le 24 juin 1975.

C) Déclarations

La déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi.

D) Publications

Bureau international du Travail, *Travailleurs migrants*, Genève, Bureau international du Travail, 1999.

International Labour Office, *Migrant Workers*, Geneva, International Labour Office, 1999.

International Labour Office, *Towards a Fair Deal for Migrant Workers in the Global Economy: Sixth Item on the Agenda*, Geneva, International Labour Office, 2004.

International Labour Office, *ILO Multilateral Framework on Labour Migration: Non-binding Principles and Guidelines for a Rights-based Approach to Labour Migration*, Geneva, International Labour Office, 2008.

III - Documents de l'Organisation internationale pour les migrations (OIM)

International Organization for Migration (IOM), *Return Migration: policies and practices in Europe 2004*, Genève, IOM, 2004, disponible sur le site: http://www.ch.iom.int/fileadmin/media/pdf/publikationen/return_migration.pdf.

International Organization for Migration (IOM), *Glossary on Migration*, Geneva, IOM, 2004.

IV - Documents de l'UNESCO

UNESCO Project on the International Migrants' Rights Convention Paris, UNESCO, 2003, disponible sur le site: http://portal.unesco.org/shs/en/ev.php-URL_ID=6554&URL_DO=DO_PRINTPAGE&URL_SECTION=201.html.

[URL_ID=6554&URL_DO=DO_PRINTPAGE&URL_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/shs/en/ev.php-URL_ID=6554&URL_DO=DO_PRINTPAGE&URL_SECTION=201.html).

V - Documents de l'OEA

(Les rapports sont disponibles sur le site du Comité juridique interaméricain: http://www.oas.org/cji/memoria_cji.htm)

VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth. *Temas migratorios: seguimiento de las opiniones del Co-*

mité Jurídico Interamericano, CJI/doc. 329/09, Rio de Janeiro, le 29 juillet 2009.

PALACIOS TREVIÑO, Jorge. *Manual de los derechos humanos que tienen todos los trabajadores migratorios y sus familias*, CJI/doc.287/08, Rio de Janeiro, le 17 janvier 2008.

PALACIOS TREVIÑO, Jorge. *La situación jurídica de los trabajadores migratorios y sus familias en el derecho internacional*, CJI/doc.266/07 rev.1, Rio de Janeiro, le 5 mars 2008.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Cartilla o manual sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias*, CJI/doc.292/08, Rio de Janeiro, le 5 mars 2008 (annexé à la résolution CJI/RES. 139, LXXII/O/08).

VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth. *Cartilla o manual sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias*, CJI/doc. 289/08 corr.1, Rio de Janeiro, le 7 mars 2008.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Resolución, La situación jurídica de los trabajadores migratorios y sus familias en el derecho internacional*, CJI/RES. 139 (LXXII-O/08), Rio de Janeiro, le 7 août 2008 (em annexe: *Cartilla o manual sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias* (CJI/doc.292/08).

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Resolución, La situación jurídica de los trabajadores migratorios y sus familias en el derecho internacional*, CJI/RES. 127 (LXX-O/07), San Salvador, le 7 mars 2007.

PALACIOS TREVIÑO, Jorge. *La situación jurídica de los trabajadores migratorios y sus familias en el derecho internacional*, CJI/doc.266/07, Rio de Janeiro, le 23 juillet 2007.

VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth. *La situación jurídica de los trabajadores migratorios y sus familias en el derecho internacional*, CJI/doc. 269/07, Rio de Janeiro, le 30 juillet 2007.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Resolución, La situación jurídica de los trabajadores migratorios y sus familias en el derecho internacional*, CJI/RES. 131 (LXXI-O/07), Rio de Janeiro, le 9 août 2007.

VI - Documents du Conseil d'Europe

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), adoptée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, telle qu'amendée par les dispositions du Protocole no 14 (STCE no 194) à

compter de son entrée en vigueur le 1er juin 2010.

VII - Documents de l'Union européenne

Décision n° 2004/573/CE, du 9 avril 2004, *J.O. L* 261 du 6.8.2004.

Règlement n° 562/2006, du 15 mars 2006, publié au *JOUE L* 105, du 13 avril 2006.

Décision n° 575/2007/CE, du 23 mai 2007, publiée au *JOUE L* 144, du 6 juin 2007.

Directive 2008/115/CE, du 16 décembre 2008, publiée au *JOUE L* 348/98, du 24 décembre 2008.

VIII - Jurisprudence

CIDH, opinion consultative n° 16/99, 1^{er} octobre 1999, sollicitée par les Etats Unis mexicains, relative "el derecho a la informacion sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal".

CIDH, opinion consultative n° 18/03, 17 septembre 2003, sollicitée par les Etats Unis mexicains, relative à la "condicion juridica y derechos de los migrantes indocumentados".

CIDH, affaire *Claude Reyes et autres c. Chili*, sentence du 19 septembre 2006 (fonds, réparations et coûts).

IX - Cours de la Haye

CANCADO TRINDADE (A. A.), "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I) - General Course on Public International Law", *R.C.A.D.I.*, vol. 316, 2005, pp. 9-439.

FITZMAURICE (G.), "The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law", *R.C.A.D.I.*, 1957, II, vol. 92, pp. 1-223.

GAJA (G.), "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", *R.C.A.D.I.*, 1981, III, vol. 172, pp. 271-316.

GUGGENHEIM (P.), "Les principes de droit international public", *R.C.A.D.I.*, 1952, I, vol. 80, pp. 5-189.

JENNINGS (R. Y.), "General course on principles of international law", *R.C.A.D.I.*, 1967, II, vol. 121, pp. 323-605.

MAHAIM, E., "L'organisation permanente du travail", *R.C.A.D.I.*, 1924, III, vol. 4, pp. 65-223.

- MAUPAIN (F.), "L'OIT, la justice sociale et la mondialisation", *R.C.A.D.I.*, 1999, vol. 278, pp. 201-396.
- ROLIN (H.), "Les principes de droit international public", *R.C.A.D.I.*, 1950, II, vol. 77, pp. 305-479.
- ROUSSEAU (C.), "Principes de droit international public", *R.C.A.D.I.*, 1958, I, vol. 93, pp. 369-549.
- SCHWARZENBERGER (G.), "The fundamental principles of international law", *R.C.A.D.I.*, 1955, I, vol. 87, pp. 195-385.
- SØRENSEN (M.), "Principes de droit international public: cours général", *R.C.A.D.I.*, 1960, III, vol. 101, pp. 1-254.
- VALTICOS (N.), "Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale", *R.C.A.D.I.*, 1975, I, vol. 144, pp. 77-138.
- WOLF (F.), "L'interdépendance des Conventions internationales au travail", *R.C.A.D.I.*, 1967, II, vol. 121, pp. 113-219.
- CHETAIL, V., *Code de droit international des migrations*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- CHOLEWINSKI, R., *Le statut juridique des migrants admis à des fins d'emploi: une étude comparative de la législation et des pratiques dans les états européens sélectionnés*, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 2004.
- CHOLEWINSKI, R., *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- CHOLEWINSKI, R., *The Legal Status of Migrants Admitted for Employment: A Comparative Study of Law and Practice in Selected European States*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2004.
- CHOLEWINSKI, R., P. DE GUCHTENEIRE, AND A. PÉCOUD, (eds.), *Migration and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge [etc.], Cambridge University Press; Paris, UNESCO Publishing, 2009.
- GOEDINGS, A.A.W., *Labor Migration in an Integrating Europe: National Migration Policies and the Free Movement of Workers, 1950-1968*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2005.
- PERRUCHOUD, R., K. TÖMÖLOVÁ, *Compendium of International Migration Law Instruments*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2007.
- PLENDER, R., (org.), *Basic Documents on International Migration Law*, Leiden, Nijhoff, 2007.
- STALKER, P., *Workers Without Frontiers: The Impact of Globalization on International Migration*, Geneva, International Labour Office, 2000.
- SUSANTI, I., *The Conflict Rules on the Protection of the Rights of Migrant Workers: A Proposition for Indonesia and ASEAN*, Groningen, Ulrik Huber Institute for Private International Law, 2008.
- TAPIA, S. DE, *Système migratoire euroméditerranéen: effets des transferts financiers dans les pays d'origine*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2008.
- ZEGERS DE BEIJL, R., (eds.), *Documenting Discrimination Against Migrant Workers in the Labour Market: A Comparative Study of Four European Countries*, Geneva, International Labour Office, 1999.
- BURGORGUE-LARSEN L., UBEDA DE TORRES A., *Les grandes décisions de la Cour interamé-*

X - Ouvrages

- ALEINIKOFF, T.A., AND V. CHETAIL, (eds.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003.
- ALSTON (P.), CRAWFORD (J.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, éd. Cambridge University Press, Cambridge, New York, Oakleigh, 2000, 563 p.
- BUERGENTHAL (T.), SHELTON (D.), STEWART (D. P.), *International Human Rights in a nutshell*, éd. West Publishing Co., 4^{ème} éd., St. Paul, 1998, 553 p.
- BURGORGUE-LARSEN, L., UBEDA DE TORRES, A., *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme*, Bruxelles: Bruylant, 2008, 996 p.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- CANCADO TRINDADE (A. A.), *Evolution du droit international au droit des gens – l'accès des individus à la justice internationale, le regard d'un juge*, éd. Pedone, Paris, 2008, 188 p.
- CANCADO TRINDADE (A. A.), *The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law, its rationale in the international protection of individual rights*, ed. Cambridge University press, Cambridge, 1983.

ricaine des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 459 et s.

XI - Articles et mélanges

- ALSTON (P.), HEENAN (J.), "Shrinking the International Labor Code: an Unintended Consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, 2-3, 2004, pp. 221-264.
- ALSTON (P.), "'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime", *European Journal of International Law*, v. 15, 2004, pp. 457-521.
- ALSTON (P.), "'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime", in LEARY (V. A.), WARNER (D.), *Social Issues, Globalization and International Institutions – Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, pp. 1-87.
- ALSTON (P.), "Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda", *European Journal of International Law*, v. 16, n° 3, 2005, pp. 467-480.
- ATANGANA AMOUGOU (J.-L.), "Avancées et limites du système africain de protection des droits de l'homme: la naissance de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples", *Droits fondamentaux*, n° 3, janvier – décembre 2003, pp. 175-178.
- Bianchi, A., "Human Rights and the Magic of Jus Cogens", *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2008, pp. 491-508.
- BOHNING, R., "The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 698-709.
- BOSNIAK (L. S.), "Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 737-770.
- BOSNIAK, Linda S., "Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants, in: B. Bogusz, (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden [etc.], Nijhoff, 2004, pp. 311-341.
- Brower, A., "Rethinking NAFTA's NAALC Provision: The Effectiveness of Its Dispute Resolution System on the Protection of Mexican Migrant Workers in the United States", *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 18 (2008), No. 1, pp. 153-188.
- Brouwer, E., "Effective Remedies for Third Country Nationals in EU Law: Justice Accessible to All?", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 7 (2005), No. 3, pp. 219-236.
- Burma Lawyers' Council, Legal Aid Section, "Victims, Representation, Remedies, Legal Status, and Accountability: Key Legal Questions and Concerns Raised by the Suffocation of 54 Burmese Migrant Workers in Ranong Province, Thailand", *Lawka PaLa: Legal Journal on Burma*, (2008), No. 31, pp. 24-34.
- BUSTAMANTE (J. A.), "Immigrants' Vulnerability as Subjects of Human Rights", *International Migration Review*, vol. 36, n° 2, été: 1991, pp. 333-354.
- Cançado Trindade, A. A., "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice", *Chinese Journal of International Law*, vol. 6, 1, pp. 1-16, 2007.
- Cançado Trindade, A. A., "El desarraigo como problema humanitario y de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal", in Gabriel Pablo Valladares (org.), *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos n° 78*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 71-116.
- Cançado Trindade, A. A., "Elementos para un enfoque de derechos humanos del fenómeno de los flujos migratorios forzados", *Cuadernos de trabajo sobre migración n° 5*, Elementos para un enfoque de derechos humanos del fenómeno de los flujos migratorios forzados, 2001, pp. 4-16.
- Cançado Trindade, A. A., "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium – General Course on Public International Law - Part I", 316, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye* (2005), ch. XII, pp. 336-346.
- Cançado Trindade, A. A., "Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law", O.E.A., *Comite juridico interamericano, XXXV Curso de Derecho Internacional*

- (2008), Departamento de Derecho Internacional, Secretaria de Asuntos Jurídicos, Washington D.C., 2009, pp. 3-29.
- Cançado Trindade, A. A., "Ampliacion del contenido material del ius cogens", O.E.A., Comité jurídico interamericano, *XXXIV Curso de Derecho Internacional (2007)*, Departamento de Derecho Internacional, Secretaria de Asuntos Jurídicos, Washington D.C., 2009, pp. 1-15.
- Cançado Trindade, A. A., "A recta ratio nos fundamentos do *jus gentium* como direito internacional da humanidade", in Cançado Trindade, A. A., *A humanização do direito internacional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2006, pp. 3-29.
- Cançado Trindade, A. A., "La Convention américaine relative aux droits de l'homme et le droit international général", in Cançado Trindade, A. A., *A humanização do direito internacional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2006, pp. 97-106.
- Cançado Trindade, A. A., "Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et Interaméricaine des droits de l'homme", in Cançado Trindade, A. A., *A humanização do direito internacional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2006, pp. 351-362.
- Cançado Trindade, A. A., "Le système interaméricain de protection des droits de l'Homme: état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIème siècle", *Annuaire français de droit international* (Paris), 2000, pp. 548-577.
- Cançado Trindade, A. A., "La Cour interaméricaine des droits de l'Homme au seuil du XXIème siècle", *Actualité et droit international* (Paris), Février 2000, disponible sur le site: <http://www.ridi.org/adi/200002a1.htm>.
- Carney, T., "Securing Social Security for Migrant Workers: Orthodox Approaches or an Alternative (Regional/Political) Path for Southern Africa?", *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 18 (2010), No. 1, pp. 24-45.
- Charnovitz, S., "Trade Law Norms on international Migration", in: T.A. Aleinikoff, and V. Cheetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003, pp. 241-253.
- Cheah Wui Ling, "Migrant Workers as Citizens within the ASEAN Landscape: International Law and the Singapore Experiment", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 8 (2009), No. 1, pp. 205-231.
- CHOLEWINSKI, R., "The Protection of the Right of Economic Migrants to Family Reunion in Europe", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43 (1994), n° 1, pp. 568-598.
- CHOLEWINSKI, R., "International Labour Law and the Protection of Migrant Workers: Revitalizing the Agenda in the Era of Globalization", in: J.D.R. Craig, and M. Lynk, *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge [etc.], Cambridge University Press, 2006, pp. 409-444.
- CHOLEWINSKI, R., "Labour Migration Management and the Rights of Migrant Workers", in: A. Edwards, and C. Ferstman, *Human Security and Non-citizens: Law, Policy and International Affairs*, Cambridge [etc.], Cambridge University Press, 2010, pp. 273-313.
- CHOLEWINSKI, R., "Economic and Social Rights of Refugees and Asylum Seekers in Europe", *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 14 (1999-2000), pp. 709-755.
- CHOLEWINSKI, R., "The Human and Labor Rights of Migrants: Visions of Equality", *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 22 (2008), No. 2, pp. 177-219.
- CHOLEWINSKI, R., "The Rights of Migrant Workers", in: R. CHOLEWINSKI, R. Perruchoud, and E. MacDonald, *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, The Hague: T.M.C. Asser, 2007, pp. 255-274.
- CHOLEWINSKI, R., "European Union Policy on Irregular Migration: Human Rights Lost?", in: B. Bogusz, (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden [etc.], Nijhoff, 2004, pp. 159-192.
- CHOLEWINSKI, R., "The Need for Effective Individual Legal Protection in Immigration Matters", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 7, No. 3, pp. 237-262.
- CHOLEWINSKI, R., "Preventing Irregular Migration", in F. Julien-Laferriere, H. Labaye, Ö. Edström, (org.), *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 96-119.
- CLEVELAND S., "Rights of undocumented workers, human rights, nondiscrimination, jus cogens, inter-American system", *American Journal of International Law*, 99, 2005, pp. 460-465.
- DUNNING (H.), "Les origines de la convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du

- droit syndical", *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), n° 2, pp. 165-186.
- EDELENBOS, C., "Committee on Migrant Workers and Implementation of the ICRMW", in: R. CHOLEWINSKI, P. de Guchteneire, and A. Pécoud, (eds.), *Migration and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge [etc.], Cambridge University Press, 2009, pp. 100-121.
- FLAUSS, J.-F., "L'étranger, entre souveraineté nationale et droits de l'homme. Les principes en droit international", in CARLIER, J.-Y., *L'étranger face au droit*, XXème Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 45-74.
- GROENENDIJK (K.), "Citizens and Third Country Nationals: Differential Treatment or Discrimination?", in CARLIER (J.-Y.), GUILD (E.), (org.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E.*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 79-101.
- GUCHTENEIRE, P., A. PÉCOUD, "The UN Convention on Migrant Workers' Rights: Introduction", in: R. CHOLEWINSKI, P. de Guchteneire, and A. Pécoud, (eds.), *Migration and Human Rights: the United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge [etc.], Cambridge University Press, 2009, pp. 1-44.
- HAINSFURTHER, J.S., "A Rights-Based Approach: Using CEDAW to Protect the Human Rights of Migrant Workers", *American University International Law Review*, Vol. 24 (2009), No. 5, pp. 843-895.
- HARRY, W., "Temporary Migrant Workers in the Gulf Co-operation Council States: Poor People Suffering so the Rich Can Have Greater Riches", in: M.S. Becker, and J.N. Schneider, *Human Rights Issues in the 21st Century*, New York, Nova Science Publishers, 2008, pp. 11-18.
- HASENAU, M., "ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 687-697.
- HENNEBEL, L., "L'humanisation" du droit international des droits de l'Homme. Commentaire de l'avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants", *Revue trimestrielle des droits de l'Homme* (Bruxelles), N° 59, juillet 2004, pp. 747-756.
- HUNE, S., J. NIESSEN, "Ratifying the UN Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 12 (1994), No. 4, pp. 393-404.
- HUNE, S., "Migrant Women in the Context of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 800-817.
- JULIEN-LAFERRIÈRE (F.), JOUANT (N.), "L'éloignement des ressortissants de pays tiers", in JULIEN-LAFERRIÈRE (F.), LABAYE (H.), EDSTRÖM (O.), (org.), *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 203-251.
- JULIEN-LAFERRIÈRE F., "Droit des étrangers et principe d'égalité", in CARLIER, J.-Y., *L'étranger face au droit*, XXème Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 247-257.
- KELLERSON (H.), "La Déclaration de 1998 de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux: un défi pour l'avenir ?", *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), n° 2, pp. 243-248.
- LANGILLE (B. A.), "Core Labour Rights: The True Story (Reply to Alston)", *European Journal of International Law*, v. 16, n° 3, 2005, pp. 409-437.
- LANGILLE (B. A.), "Core Labour Rights: The True Story (Reply to Alston)", in LEARY (V. A.), WARNER (D.), *Social Issues, Globalization and International Institutions – Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, pp. 89-124.
- LATTY (F.), "La Cour internationale de justice face aux tiraillements du droit international: les arrêts dans les affaires des activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda, 19 décembre 2005; RDC c. Rwanda, 3 février 2006)", *Annuaire français de droit international*, vol. 51, 2005, pp. 205-236.
- LEARY, V.A., "Labour Migration", in T.A. ALEINIKOFF, V. CHETAIL, (eds.), *Migration and International Legal Norms*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003, pp. 227-239.
- LYON B., "The Inter-American Court of Human Rights defines unauthorized migrant workers' rights for the hemisphere: a comment on advisory opinion 18", *N.Y.U. Review of Law & Social Change*, vol. 28, 2003-2004, pp. 547-596.

- LOCHAK, D., "La race: une catégorie juridique?", in Actes Du colloque *Sans distinction de...race*, 27 et 28 mars 1992, revue Mots, n° 33, décembre 1992, Paris, Presses de la FNSP.
- LONNROTH, J., "The International Convention of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families in the Context of International Migration Policies: An Analysis of Ten Years of Negotiation", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 710-736.
- MACDONALD, E., R. CHOLEWINSKI, "The ICRMW and the European Union", in: R. CHOLEWINSKI, P. de Guchteneire, and A. Pécoud, (eds.), *Migration and Human Rights: the United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge [etc.], Cambridge University Press; Paris, UNESCO Publishing, 2009, pp. 360-392.
- MAUPAIN (F.), "La réforme de l'Organisation internationale du Travail", *Annuaire français de droit international*, vol. 33, 1987, pp. 478-497.
- MAUPAIN (F.), "Revitalization not Retreat: the Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Worker's Rights", *European Journal of International Law*, vol. 16, 3, 2005, pp. 439-465
- MORENO-FONTES CHAMMARTIN, G., "Working Conditions of Women Migrant Workers: ILO's Strategy to improve their Protection in an Era of Globalization", in: M.-C. Caloz-Tschopp, et P. Dasen, *Mondialisation, migration, droits de l'homme: un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, Bruxelles, Bruylant, vol. 1, pp. 177-222.
- NAFZIGER, J. A. R., BARTEL, B. C., "The Migrant Workers Convention: Its Place in Human Rights Law", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 771-799.
- NIESSEN, J., TARAN, P. A., "Using the New Migrant Workers' Rights Convention", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 859-865.
- NIELSEN (H. K.), "The Concept of Discrimination in ILO Convention No.111", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, n° 4, octobre 1994, pp. 827-856.
- PELLOUX, R., "L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire linguistique belge (exception préliminaire)", *Annuaire français de droit international*, vol. 13, 1967. pp. 205-216.
- POTOBSKY (G.), "Liberté syndicale: l'impact de la convention n° 87 et l'action de l'OIT", *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), n° 2, pp. 215- 241.
- QUINDIMIL LOPEZ (J. A.), "Las normas de *ius cogens* y el consentimiento de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia: ¿hacia un nuevo fundamento de jurisdicción? (Comentarios sobre la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2006, Actividades armadas sobre el territorio del Congo, República Democrática del Congo contra Ruanda -nueva demanda de 2002-)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 12, 2006, pp. 1-17.
- SCALABRINO, M., "Les travailleurs clandestins dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme", pp. 363-400, in: Chetail (Vincent) (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'Homme: le droit international en question*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 363-400.
- SCHMIDT (M. G.), "Individual Human Rights Complaints Procedures Based on United Nations Treaties and the Need for Reform", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, n° 3, juillet, 1992, pp. 645-659.
- SWEPSTON (L.), "Droits de l'homme et liberté syndicale: évolution sous le contrôle de l'OIT", *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), n° 2, pp. 187-214.
- TARAN, P.A., "Clashing Worlds: Imperative for a Rights-Based Approach to Labour Migration in the Age of Globalization", in: M.-C. Caloz-Tschopp, et P. Dasen, *Mondialisation, migration, droits de l'homme: un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, pp. 403-433.
- TARAN, P.A. "The Need for a Rights-Based Approach to Migration in the Age of Globalization", in: R. CHOLEWINSKI, R., P. de Guchteneire, and A. Pécoud, (eds.), *Migration and Human Rights: the United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge [etc.], Cambridge University Press; Paris, UNESCO Publishing, 2009, pp. 150-168.

- VANHEULE, D., "The International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families", in: F. Gómez Isa, and K. de Feyter (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, Bilbao, University of Deusto, 2009, pp. 473-494.
- VIRALLY (M.), "Réflexions sur le *jus cogens*", *A.F.D.I.*, 12, 1966, pp. 5-29;
- VISSCHER (C.), "Positivisme et *jus cogens*", *R.G.D.I.P.*, vol. 75, 1971, pp. 5-11.
- WATSON, A., "Social Security for China's Migrant Workers: Providing for Old Age", *Journal of Current Chinese Affairs*, Vol. 38 (2009), No. 4, pp. 85-115.
- WECKEL, P., "Observations sous Cour interaméricaine des droits de l'Homme, avis n° 18 du 17 septembre 2003, condition juridique et droits des travailleurs migrants en situation irrégulière", in: *Chronique de jurisprudence internationale, Revue générale de droit international public*, n° 1, 2004, pp. 234-237.
- TIGROUDJA, H., "Le statut des travailleurs migrants au regard de la protection des droits de l'Homme (nouvelle demande d'avis consultatif auprès de la Cour interaméricaine)", *Les Petites Affiches*, n° 76, 16 avril 2003, pp. 3-7.
- SCHAIN, M. A., "The State Strikes Back: Immigration Policy in the European Union", *The European Journal of International Law*, vol. 20, n.° 1, 2009, pp. 93-109.



NOTAS

1. Selon le dictionnaire *Le Petit Robert*, une catégorie peut être définie comme "classe dans laquelle on range des objets de même nature" (REY-DEBOVE, J., REY, A., *Le nouveau Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1993, p. 359). Le dictionnaire juridique Gerard CORNU définit catégorie comme un "groupe distinct d'éléments présentant des caractères semblables", P.U.F., 4ème éd., Paris, 2003, p. 132.
2. V. sur le sujet JULIEN-LAFERRIERE, F., "Droit des étrangers et principe d'égalité", in CARLIER, J.-Y., *L'étranger face au droit*, XXème Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 247-257.
3. En ce qui concerne l'aspect négatif, LOCHAK D. considère que "c'est une façon de signifier que la société les considère comme inacceptables". Pour plus de détails, v. "La race: une catégorie juridique?", in Actes Du colloque *Sans distinction de...race*, 27 et 28 mars 1992, revue Mots, n° 33, décembre 1992, Paris, Presses de la FNSP.
4. MAHAIM, E., "L'organisation permanente du travail", *R.C.A.D.I.*, 1924, III, vol. 4, p. 115.
5. Le ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne n'est pas considéré un étranger dans les autres Etats membres. Selon l'article 1er de la Convention Schengen du 19 juin 1990, "(...) on entend par (...) étranger toute personne autre que les ressortissants des Etats membres des Communautés européennes", Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique du Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO L 239, 22 septembre 2000, pp. 19-62. Si les ressortissants ne sont pas des nationaux, ils restent quand même des étrangers au regard du droit interne. Leur situation juridique semble intermédiaire entre celle des nationaux et celle des étrangers.
6. V. pour une définition générale, premier rapport (E/CN.4/2000/82), Gabriela Rodríguez Pizarro, Special Rapporteur of the Commission on Human rights in A/57/292, Human rights of migrants, Note by the Secretary-General, 9 août 2002.
7. Le terme "étranger" vient du latin "extraneus" (de extra, c'est-à-dire dehors ou ailleurs).
8. Pour les définitions d'"étranger", v. REY-DEBOVE, J., REY, A., *Le nouveau Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1993, pp. 937-938.
9. Les travailleurs migrants irréguliers ont été classés par l'OIT parmi les groupes les plus vulnérables (Conférence internationale du travail, "Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée, rapport VI, 92ème session, Bureau international du travail, Genève, 2004, p. 67, disponible sur le site: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---comm/documents/meetingdocument/kd00096fr.pdf>). Concernant leur vulnérabilité, v. BELL, Mark, "Invisible Actors? Irregular Migrants and Discrimination, in: B. Bogusz, (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden [etc.], Nijhoff, 2004, pp. 345-362.
10. En 1994, la Conférence internationale sur la population et le développement a recommandé d'utiliser l'expression "sanspapiers". Toutefois, elle n'est pas adéquate puisqu'elle ne s'applique pas aux immigrants qui sont entrés dans le pays d'accueil de manière légale dotés d'un visa de tourisme, ayant ensuite enfreint les dispositions régissant leur droit d'entrée lorsqu'ils ont été employés. Il existe également des situations où les migrants sont dotés des "faux papiers", octroyés par des trafiquants. C'est la raison pour laquelle le colloque international sur les migrations, tenu à Bangkok en avril 1999, a recommandé l'emploi de l'expression "en situation irrégulière". Pour plus de détails, v. Conférence internationale du travail, "Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée, rapport VI, 92ème session, Bureau international du travail, Genève, 2004, disponible sur le site: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/--dcomm/documents/meetingdocument/kd00096fr.pdf>, pp. 11-12.
11. L'irrégularité se distingue de l'illégalité car elle ne suggère pas un lien avec la criminalité. Le fait de rentrer clandestinement dans un pays ou d'y rester après l'expiration d'un visa ou d'un permis de travail ne doit pas transformer les travailleurs migrants en criminels au sens

- propre. Le pouvoir étatique d'exiger le départ de ces personnes, bien que discrétionnaire n'est pas illimité. V. dans ce sens ONU, Conseil économique et social, commission des droits de l'homme, sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, 55ème session, point 5 de l'ordre du jour provisoire, "Les droits des non-ressortissants", § 29, cité par CHOLEWINSKI, R., *Etude des obstacles à l'accès effectif des migrants irréguliers aux droits sociaux minimaux*, éd. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005, 91 p.
12. Pour plus de détails concernant le concept d'irrégularité, v. BATTISTELLA (G.) (dir.), *Irregular Migration*, Scalabrini International Migration Institute (SIMI), Rome, 2008, pp. 201-233, spéc. p. 202-203.
 13. L'article 5 § 1 f de la Convention européenne des droits de l'homme autorise la détention des étrangers entrés irrégulièrement sur le territoire d'un Etat contractant. Dans l'affaire *Saadi c. Royaume Uni*, du 29 janvier 2008, req. 13229/03, la CEDH a interprété le sens de la formule "empêcher [l'intéressé] de pénétrer irrégulièrement", prévue à l'article précité comme étant la faculté pour les Etats de placer en détention des candidats à l'immigration ayant sollicité, par le biais d'une demande d'asile ou non, l'autorisation d'entrer dans le pays. Selon la Cour, tant qu'un Etat n'a pas "autorisé" l'entrée sur son territoire, celle-ci est "irrégulière". Par conséquent, ce n'est pas parce qu'un demandeur d'asile se présente de lui-même aux services de l'immigration, que cela signifie qu'il cherche à pénétrer "régulièrement" dans le pays. Toutefois, le requérant, les tiers intervenants et les juges dissidents ont interprété ledit article comme ne s'appliquant pas aux demandeurs d'asile, l'entrée de ceux-ci sur le territoire national devant être réputée régulière.
 14. Le Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (ACNUR) avait déjà souligné le lien entre la migration et l'asile, reconnaissant la difficulté d'établir une distinction claire entre les réfugiés et les migrants (Opinion séparée du juge Antônio Augusto Cançado Trindade à l'avis consultatif n° 18/03, § 34). Les réfugiés de facto sont des personnes qui n'ayant pas eu leur statut de réfugié reconnu juridiquement, ne peuvent pas retourner à leur pays d'origine pour des motifs politiques, raciaux, religieux ou relatifs à la violence. Ils sont considérés des travailleurs migrants une fois qu'ils ont établi une relation de travail dans le pays d'accueil. Sur ce point, v. BOSNIAK, Linda S., "Human Rights, State Sovereignty and the protection of Undocumented Migrants, in: B. Bogusz, (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden [etc.], Nijhoff, 2004, p. 317. La Convention de 1990 adoptée sous l'égide de l'ONU a tenté d'exclure la catégorie des réfugiés de son champ d'application.
 15. Convention n° 97 sur les travailleurs migrants (révisée), adoptée le 1er juillet 1949, entrée en vigueur le 22 janvier 1952.
 16. Convention n° 143 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), adoptée le 23 juin 1975, entrée en vigueur le 9 décembre 1978.
 17. Article 2, Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990, entrée en vigueur le 1er juillet 2003.
 18. Les termes ambigus employés dans la Convention laissent comprendre que la personne sera toujours considérée un travailleur du fait d'avoir exercé une activité rémunérée au passé. V. NAFZIGER, J. A. R., BARTEL, B. C., "The Migrant Workers Convention: Its Place in Human Rights Law", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, p. 786.
 19. Dans son avis consultatif n° 18/03, la CIDH semble reconnaître les travailleurs migrants irréguliers en tant qu'une catégorie autonome afin de lui appliquer une protection accrue. V. § 129 et s. de l'avis.
 20. Sur l'aspect négatif de la catégorisation, v. Cholewinski, R., "The Human and Labor Rights of Migrants: Visions of Equality", *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 22 (2008), No. 2, pp. 177-219.
 21. V. sur le sujet PCJII/Advisory Committee of Jurists, Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee (16 June-24 July 1920) avec Annexes, La Haye, Van Langenhuysen Frères, 1920, point n° 3, p. 306, ann. n° 3, pp. 345-346, cité par CANÇADO TRINDADE (A. A.), Opinion séparée, affaire des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt du 22 avril 2010, p. 4.
 22. HASENAU, M., "ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Con-

- vention and Their Genesis", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, p. 693.
23. BOHNING, R., "The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, p. 699.
24. LONNROTH, J., "The International Convention of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families in the Context of International Migration Policies: An Analysis of Ten Years of Negotiation", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 726-727. V. pour un historique de l'OIT, v. MAHAIM, E., "L'organisation permanente du travail", *R.C.A.D.I.*, 1924, 4, pp. 65-223.
25. La communauté internationale s'est montrée divisée: certains soutenaient que le sujet des travailleurs migrants devait se limiter au cadre de l'OIT (pays développés) et d'autres croyaient que l'ONU était l'organisation la plus adéquate pour aborder ces questions d'une manière globale (pays en développement). Pour une analyse plus détaillée concernant les raisons qui expliquent les raisons pour lesquelles les pays en développement souhaitaient que l'ONU soit l'organisation chargée d'assurer la protection des travailleurs migrants et, par conséquent, de rédiger une convention internationale capable de remplir les lacunes découlant de l'absence de ratification des instruments antérieurs de l'OIT, v. BOHNING, R., *op. cit.*, p. 700.
26. L'Assemblée de Nations Unies a adopté le 17 février 1978 une Résolution demandant l'amélioration de la situation des travailleurs migrants. Par le biais de cette résolution, l'ONU avait demandé aux Etats de protéger les droits fondamentaux des travailleurs migrants, de ratifier la Convention de l'OIT de 1975 relative aux travailleurs migrants, ainsi que d'augmenter la diffusion d'information s'y rapportant. La résolution recommandait la Commission des droits de l'homme et le Conseil économique et social de considérer dans leur cadre la situation des travailleurs migrants. En 1978, le Secrétaire général de l'ONU a préparé un rapport dans lequel il avait souligné la précarité de la situation des travailleurs migrants et de leurs familles.
27. CHARPENTIER J., "Les Comités des sanctions du Conseil de Sécurité", in RUIZ-FABRI H., SICILIANOS L.-A., SOREL J.-M., *L'effectivité des organisations internationales: mécanismes de suivi et de contrôle*, Journées franco-helléniques 7-8 mai 1999, sous l'égide du ministère hellénique des Affaires étrangères et de l'Ambassade de France à Athènes, Ant. N. Sakkoulas/A. Pedone, Athènes/Paris, 2000, pp. 9-22, spéc. p. 9. V. également CHARPENTIER J., "Le contrôle par les organisations internationales de l'exécution des obligations des Etats", *R.C.A.D.I.*, t. 182, pp. 147-244.
28. La base juridique du système de contrôle se trouve dans la Constitution de l'OIT, qui exige que les Etats membres présentent au BIT un rapport annuel sur les mesures prises pour exécuter les conventions et recommandations auxquelles ils ont adhéré (article 22 et article 19, 6, d). En raison de l'augmentation significative du nombre de rapports, la règle a été révisée afin de faire en sorte que les rapports soient soumis avec une plus grande périodicité (tous deux ans pour les huit conventions fondamentales et pour les quatre conventions prioritaires et tous les cinq ans pour les autres).
29. Le mécanisme régulier de contrôle est réalisé par deux organes de l'OIT: la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations et la Commission tripartite de l'application des conventions et recommandations de la Conférence internationale du Travail. L'innovation de ce mécanisme consiste à l'obligation de soumettre un rapport concernant les conventions non ratifiées au directeur général du BIT par le biais duquel l'Etat devra présenter l'état de sa législation et sur sa pratique concernant la question qui fait l'objet de la convention en précisant dans quelle mesure l'on a donné suite ou l'on se propose de donner suite à toute disposition de la convention" par les voies appropriées, tout en exposant les difficultés qui empêchent ou retardent la ratification de la convention en cause (article 19, 5, e) et 22 de la Constitution de l'OIT). Cette règle permet à la fois d'accroître les chances de ratification et d'application des normes internationales du travail et de renforcer le rôle des parlements nationaux en ce qui concerne les matières sociales discutées à l'échelon international PICARD (L.), "Des droits sociaux universels ? Le rôle de l'Organisation interna-

- tionale du travail dans la mise en oeuvre des droits sociaux", in ALIPRANTIS (N.), *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux, défis à l'échelle mondiale*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 146-147).
30. Cet article évaluera l'accès effectif des travailleurs migrants en situation irrégulière devant les mécanismes *quasi*-juridictionnels et juridictionnels de contrôle exclusivement au niveau international. Cela n'exclut pas l'importance d'un accès simple, rapide et effectif devant les tribunaux nationaux.
 31. KELSEN (H.), "Théorie pure du droit", *Cahiers de philosophie Être et penser*, éd. De la Baconnière, Neuchatel, 1953, p. 63.
 32. VISSCHER (C.), *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967, p. 161.
 33. HAMIDOU, B. A. (dir.), "Les normes de l'OIT relatives à la protection des travailleurs migrants", *Migration de Main d'oeuvre pour l'intégration et le développement en Afrique de l'Ouest*, BIT, séminaire de l'OIM, 2004, p.3. La recommandation n° 2 sur la réciprocité de traitement de 1919 assure uniquement l'égalité de traitement en ce qui concerne la sécurité sociale sous condition de réciprocité. Son apport a été très limité car il s'agissait notamment des principes généraux et vagues, sans envisager aucune solution concrète.
 34. Convention n° 29 sur le travail forcé, adoptée le 28 juin 1930, entrée en vigueur le 1er mai 1932.
 35. Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, adoptée le 9 juillet 1948, entrée en vigueur le 4 juillet 1950.
 36. Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, adoptée le 1er juillet 1949, entrée en vigueur le 18 juillet 1951.
 37. Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération, adoptée le 29 juin 1951, entrée en vigueur le 23 mai 1953.
 38. Convention n° 105 sur l'abolition du travail forcé, adoptée le 25 juin 1957, entrée en vigueur le 17 janvier 1959.
 39. Convention n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession), adoptée le 25 juin 1958, entrée en vigueur le 15 juin 1960.
 40. Convention n° 138 sur l'âge minimum, adoptée le 26 juin 1973, entrée en vigueur le 19 juin 1976.
 41. Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, adoptée le 17 juin 1999, entrée en vigueur le 19 novembre 2000.
 42. V. § 4 (1) de la recommandation n° 86.
 43. Convention n° 97 sur les travailleurs migrants (révisée), adoptée le 1er juillet 1949, entrée en vigueur le 22 janvier 1952. Il s'agit de la première convention internationale consacrée à la protection des travailleurs migrants. En effet, la Convention n° 66 de 1939 relative à la "migration à des fins d'emploi" n'a jamais été en vigueur faute d'avoir été ratifiée. La révision de cette convention s'est effectuée dans le cadre de la 32ème conférence à Genève au travers de la "convention sur les travailleurs migrants". L'objectif des instruments relatifs aux travailleurs migrants concernaient l'organisation et le contrôle des mouvements des travailleurs migrants vers les pays industrialisés. Pour plus de détails, v. HASENAU, M., "ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, p. 691.
 44. Recommandation n° 86 sur les travailleurs migrants (révisée), adoptée le 1er juillet 1949. La recommandation préconise des mesures destinées à compléter les dispositions de la Convention n° 97, ainsi que des dispositions visant à protéger les travailleurs migrants contre l'expulsion pour des motifs fondés sur l'insuffisance de leurs ressources ou sur la situation du marché d'emploi (partie VI).
 45. Article 11 de la Convention 97. R86 sur les travailleurs migrants (1949): Article 1 – "le terme travailleur migrant désigne une personne qui émigre d'un pays vers un autre pays en vue d'occuper un emploi autrement que pour son propre compte; il inclut toute personne admise régulièrement en qualité de travailleur migrant".
 46. V. articles 2, 3 § 1, 4, 5, 6, 8 et 9. La Convention dispose également de trois annexes, qui peuvent être ratifiés selon le choix de l'Etat (article 14).
 47. Ces instruments ne contiennent que des références minimales à la protection de ce groupe considéré par l'OIT dans les travaux préparatoires de la Convention de 1975 comme étant vulnérable. La seule référence concerne l'obligation étatique de sanctionner les respon-

- sables de l'immigration clandestine ou illégale (art. 8, annexe I et article 13, annexe II de la Convention n° 97. V. CHOLEWINSKI (R.), *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 132.
48. La recommandation n° 122, relative à la politique d'emploi, a renforcé l'argument selon lequel la migration internationale des travailleurs doit se faire conformément à la nécessité économique des Etats d'immigration et d'émigration.
49. Convention n° 143 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), adoptée le 23 juin 1975, entrée en vigueur le 9 décembre 1978. Recommandation n° 151 sur les travailleurs migrants, adoptée le 24 juin 1975.
50. La Convention C 143 et la recommandation n° 151 sur les travailleurs migrants devaient réviser et compléter les instruments précédents. Toutefois, la Convention 143 n'a été ratifiée que par 23 Etats.
51. Il ressort du § 1 de la recommandation 151 que: "1. Les Membres devraient appliquer les dispositions de la présente recommandation dans le cadre d'une politique d'ensemble relative aux migrations internationales aux fins d'emploi. Cette politique de migrations devrait être fondée sur les besoins économiques et sociaux des pays d'origine et des pays d'emploi; elle devrait tenir compte non seulement des besoins et des ressources à court terme en main-d'oeuvre, mais aussi des conséquences économiques et sociales à long terme des migrations, tant pour les migrants que pour les communautés intéressées." Il en va de même pour la Convention n. 143, quatrième § des considérants: "Considérant en outre qu'afin de surmonter le sous-développement et le chômage structurel et chronique, les gouvernements de nombreux pays insistent toujours davantage sur l'opportunité d'encourager les déplacements des capitaux et des technologies plutôt que ceux des travailleurs, en fonction des besoins et des demandes de ces pays et dans l'intérêt réciproque des pays d'origine et des pays d'emploi;"
52. "Considérant le Programme mondial de l'emploi de l'OIT ainsi que la convention et la recommandation sur la politique de l'emploi, 1964, et soulignant la nécessité d'éviter l'augmentation excessive et non contrôlée ou non assistée des mouvements migratoires, à cause de leurs conséquences négatives sur le plan social et humain" (troisième considérant).
53. On voit apparaître dans cette convention la "traite" des êtres humains et l'appel fait aux Etats pour qu'ils poursuivent "les organisateurs des mouvements illégaux ou clandestins d'immigrants aux fins d'emploi et les personnes qui emploient des travailleurs migrants ayant émigré dans des conditions illégales" (Article 3).
54. Il s'agit, par exemple, du droit à la vie, de la protection contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants, de la liberté et la sécurité contre l'arrestation arbitraire, du droit à un jugement équitable (articles 6, 7, 9 et 14 du PIDCP). V. Conférence internationale du travail, 66ème session, Rapport du Comité d'experts sur l'application des conventions et recommandations, General Survey of the Reports relating to Conventions n. 97 and 143 and recommendations n. 86 and 151 concerning Migrant Workers, Bureau international du travail, Genève, 1980, 69, § 256 et 257. Inséré tardivement dans le texte conventionnel, l'article 1er semble se détacher de l'objectif général de la première partie. Cet article n'a été introduit dans le texte de la convention qu'à l'occasion de la 60ème session de la Conférence internationale du travail lors de l'adoption des instruments de 1975. Il s'agissait originalement d'un amendement proposé par les membres du gouvernement de l'Algérie et du Mexique. V. CHOLEWINSKI (R.), *Migrant Workers in International Human Rights Law, op. cit.*, p. 103.
55. V. articles 8 et 9.
56. Selon le § 34 (1) de la Recommandation 151, rédigé au conditionnel, "tout travailleur migrant qui quitte le pays d'emploi devrait avoir droit, sans qu'il soit tenu compte de la légalité de son séjour dans ce pays: a) au solde de la rémunération due pour le travail qu'il a accompli, y compris les indemnités de fin de contrat normalement dues; b) aux prestations qui lui seraient dues en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles (...)" Afin de faire valoir leurs droits, le travailleur devrait pouvoir saisir l'organisme compétent et bénéficier de l'égalité de traitement en matière d'assistance judiciaire.
57. Il s'agit, par exemple, de l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, de sécurité sociale, de droits syndicaux et culturels et de libertés individuelles et collectives (article 10).
58. § 33 de la recommandation 151.

59. Article 8 (1) de la recommandation 151.
60. Pour plus de détails, v. CHOLEWINSKI (R.), *Migrant Workers in International Human Rights Law*, op. cit., pp. 100-101. Pour la nature des conventions de l'OIT ainsi que la procédure d'adoption et de mise en oeuvre des conventions, v. WOLF, F, "L'interdépendance des Conventions internationales au travail", *R.C.A.D.I.*, 1967, II, vol. 121, pp. 113-219.
61. La première partie de la recommandation portant sur l'égalité de chances et de traitement, ne concerne que les travailleurs migrants et les membres de leurs familles qui se trouvent légalement sur le territoire d'un Etat membre. Toutefois, son article 8 mentionne expressément les travailleurs migrants dont la situation n'est pas régulière ou n'a pas pu être régularisée. Il confère certains droits extensifs à leurs familles résultant de leur emploi ou d'emplois antérieurs en matière de rémunération, de sécurité sociale, d'appartenance aux organisations syndicales et d'exercice des droits syndicaux. La partie III de la recommandation précise les normes minimales de protection, notamment en cas de perte d'emploi (pt. 32), d'expulsion (pt. 33: "Tout travailleur migrant faisant l'objet d'une mesure d'expulsion devrait bénéficier d'un droit de recours devant une instance administrative ou judiciaire (...)") et de départ du pays (pt. 34).
62. L'auteur a effectué une recherche sur la base de données de l'OIT relative aux réclamations fondées sur l'article 24 de la Constitution, faisant référence aux travailleurs migrants de manière générale.
63. Au-delà de l'accès collectif, la Constitution de l'OIT prévoit également le dépôt des plaintes par un Etat membre au Bureau international du travail au sujet de l'application d'une convention. Pour plus de détails concernant cette procédure, v. les articles 26 à 34 de la Constitution de l'OIT.
64. V. Règlement relatif à la procédure à suivre pour l'examen des réclamations au titre des articles 24 et 25 de la Constitution de l'OIT, adopté par le Conseil d'administration à sa 57e session (8 avril 1932). Modifié par le Conseil à sa 82e session (5 février 1938), à sa 212e session (7 mars 1980), à sa 291e session (18 novembre 2004), disponible sur le site: http://www.ilo.org/global/standards/information-resources-and-publications/publications/WCM_041900/lang-en/index.htm.
65. L'objectif de l'examen de la recevabilité de la réclamation est de vérifier les conditions préalables qui doivent être remplies avant que le Conseil d'administration puisse passer à l'examen du fond de la réclamation, ainsi que formuler des recommandations.
66. Article 3, § 1 du règlement.
67. Article 3, § 2 du règlement. La procédure devant le Comité de la liberté syndicale sera analysée lors de la deuxième partie de CET article.
68. Article 4, 5 et 6 du règlement.
69. Article 6 du règlement.
70. Article 7 du règlement.
71. V. article 25 de la Constitution et article 8 du règlement.
72. Il s'agit la possibilité prévue à l'article 24, § 4 de la Constitution de l'OIT.
73. Cette recherche a été conclue à la fin de 2010.
74. Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par le Venezuela des conventions internationales du travail nos. 4, 81, 87, 88, 95, 98, 100, 111, 143, 144 et 158, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par l'Organisation internationale des employeurs (OIE) et la Fédération vénézuélienne des Chambres et Associations de commerce et de production (FEDECAMARAS).
75. Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par l'Espagne de la convention (no 97) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, de la convention (no 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, et de la convention (no 122) sur la politique de l'emploi, 1964, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la Confédération générale des travailleurs de l'Argentine (CGT).
76. La notion d'"ascendance nationale" mentionnée dans le texte des conventions diffère de celle de "nationalité". Dans le premier cas, il s'agit plutôt des distinctions établies entre les citoyens d'un même pays en fonction du lieu de naissance, de l'ascendance ou de l'origine étrangère. La convention n° 111 définit le terme discrimination comme étant "toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession (...)" (article 1er, souligné par l'auteur). La convention n° 122,

- quant à elle, prévoit "qu'il y aura libre choix de l'emploi et que chaque travailleur aura toutes possibilités d'acquérir les qualifications nécessaires pour occuper un emploi qui lui convienne et d'utiliser, dans cet emploi, ses qualifications ainsi que ses dons, quels que soient sa race, sa couleur, son sexe, sa religion, son opinion politique, son **ascendance nationale** ou son origine sociale" (article 1, § 2, c, souligné par l'auteur). Pour plus de détails concernant le critère de l'ascendance nationale et sa distinction par rapport à la nationalité, v. NIELSEN (H. K.), "The Concept of Discrimination in ILO Convention No.111", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, n° 4, octobre 1994), pp. 827-856, spéc. p. 840.
77. Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la Chine - Région administrative spéciale de Hong-Kong de la convention (no 97) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par le Congrès philippin des syndicats (TUCP).
78. Cet article prévoit que la législation nationale peut prescrire des dispositions particulières en ce qui concerne les prestations ou fractions de prestations payables exclusivement sur les fonds publics.
79. Ces questions sont traitées par la convention n° 143, qui n'a pas été ratifiée par la Chine.
80. V. article 6, § 1, alinéa d.
81. On ne peut pas négliger ici les initiatives prises à l'échelle universelle et régionale qui s'appliquent également aux travailleurs migrants, indépendamment de leur statut migratoire. Il convient toutefois de mentionner que l'auteur se limitera à analyser ici les initiatives prises par l'ONU consacrées spécifiquement à la protection des travailleurs migrants, y compris ceux en situation irrégulière. Au niveau universel, il s'agit notamment de la Déclaration des droits de l'homme, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Le Comité PIDESC adopte des observations générales concernant l'interprétation du contenu des dispositions relatives aux droits de l'homme qui ont clarifié l'applicabilité des droits aux travailleurs migrants irréguliers (V. à ce sujet les observations générales n° 14 (2000), portant sur "le droit à jouir du meilleur état de santé (art. 12); n° 18 (2005), portant sur "le droit au travail (art. 6); n° 20 (2009), relative à "la non-discrimination en matière économique, sociale et culturelle (art. 2, § 2)".), ainsi que du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En ce qui concerne le niveau régional, on pourrait citer la Charte sociale européenne et la Convention européenne relative au statut du travailleur migrant, la Convention américaine des droits de l'homme et la Charte africaine des droits de l'homme. La Charte sociale européenne relie le bénéfice des droits consacrés à la régularité du séjour ou à la régularité de l'emploi V. article 19, consacré au droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance. Les paragraphes 4, 5, 7 et 8 excluent certains droits aux travailleurs qui ne se trouvent pas légalement sur le territoire d'un Etat Partie]. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne réserve le bénéfice des prestations de sécurité sociale aux seuls ressortissants des Etats tiers qui résident ou se déplacent régulièrement à l'intérieur de la Communauté (art. 34 (2) de la Charte). Le Comité de la Charte a effectué une interprétation téléologique de façon à inclure les ressortissants des Etats tiers en situation irrégulière dans son champ d'application. Pour plus de détails, v. note 138, p. 28 de ce travail. La régularité du séjour joue aussi un rôle en matière de garanties procédurales offertes aux étrangers visés par une mesure d'expulsion (v. article 1er du protocole n.7 de la convention européenne des droits de l'homme).
82. Ce groupe, composé des pays méditerranéens et scandinaves a été le responsable de la rédaction de la Convention sur la protection des travailleurs et des membres de leurs familles sous les auspices de l'ONU. La doctrine avait déjà pointé les raisons de l'absence de ratification: FITZPATRICK (J.), *The human rights of migrants*, in ALEINIKOFF (T. A.), CHETAIL (V.) *Migration and international legal norms*, T.M.C. Asser Press, La Haye, 2003, pp. 169-184, spéc. p. 177; HUNE (S.), NIESSEN (J.), "Ratifying the UN Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 12 (1994), No. 4, pp. 393-404; TARAN (P.A.), "The Need for a Rights-Based Approach to Migration in the Age of Globalization", in CHOLEWINSKI (R.), GUCHTENEIRE (P. DE), PÉCOUD (A.) (dir.), *Migration and Human Rights: the United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge [etc.], Cambridge University Press; Paris, UNESCO Publishing, 2009, p. 154.
83. Pour plus de détails sur la convention, v. CHOLEWINSKI (R.), *Migrant Workers in International Human Rights Law*, op. cit., p. 83 et s.;

- BOHNING, R., "The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 702 et s.; v. NIELSEN, J., TARAN, P. A., "Using the New Migrant Workers' Rights Convention", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 859-865.
84. § 11 et 13 du préambule.
85. V. NAFZIGER (J. A. R.), BARTEL (B. C.), "The Migrant Workers Convention: Its Place in Human Rights Law", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: U.N. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, hiver, 1991, pp. 771-799, spéc. p. 785.
86. Contrairement aux conventions de l'ONU, on sait que celles de l'OIT n'admettent pas de réserve (V. WOLF, F., "L'interdépendance des Conventions internationales au travail", *R.C.A.D.I.*, 1967, II, vol. 121, pp. 113-219).
87. Le groupe de travail des Nations Unies a adopté le texte final des propositions par consensus. Tous les Etats membres de l'ONU étaient libres de participer, c'est pourquoi le groupe était "open-ended". La participation a varié entre 30 et 60 délégations. Pour plus de détails, v. LONNROTH, J., "The International Convention of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families in the Context of International Migration Policies: An Analysis of Ten Years of Negotiation", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 710-736.
88. Il s'agit notamment de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. La meilleure façon de comprendre dans quelle mesure la Convention de l'ONU a introduit de nouveaux droits, a élargi les droits existants ou a limité de tels droits consiste à analyser comparativement ses articles par rapport aux conventions internationales des droits de l'homme. Cette analyse a été effectuée par NAFZIGER (J. A. R.), BARTEL (B. C.), *op.cit.*, p. 781.
89. Sur ce point, v. CHOLEWINSKI (R.), *Migrant Workers in International Human Rights Law*, *op. cit.*, p. 190.
90. V. sur le sujet, VANHEULE (D.), "The international Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Member of Their Families", in ISA (F. G.) (dir.), FEYTER (K.), *International Human Rights Law in a Global Context*, University of Deusto, Bilbao, 2009, pp. 473-494 et BUERGENTHAL (T.), SHELTON (D.), STEWART (D. P.), *International Human Rights in a nutshell*, éd. West Publishing Co., 4ème éd., St. Paul, 1998, pp. 108-111; EDELENBOS (C.), "Committee on Migrant Workers and Implementation of the ICRMW", in CHOLEWINSKI (R.), GUCHTENEIRE (P. DE), PÉCOUD (A.) (dir.), *Migration and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 100-121.
91. La détermination du nombre d'experts a fait l'objet d'intenses débats au sein du groupe de travail. Certains auraient préféré un comité moins nombreux pour des raisons financières et pratiques, alors que d'autres soutenaient qu'un comité plus nombreux serait plus adéquat à la complexité de la convention et pourrait assurer une défense géographique équitable de l'intérêt des Etats d'envoi et de réception des travailleurs migrants. V. sur ce point, CHOLEWINSKI (R.), *Migrant Workers in International Human Rights Law*, *op. cit.*, p. 193.
92. Pour plus de détails, v. *Ibid*, p. 195.
93. Il en va de même en ce qui concerne les communications émanées d'un Etat partie de la convention (article 76, 1). Selon l'article 77 de la Convention, "1. Tout Etat partie à la présente Convention peut, en vertu du présent article, déclarer à tout moment qu'il reconnaît la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications présentées par ou pour le compte de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent que leurs droits individuels établis par la présente Convention ont été violés par cet Etat partie. Le Comité ne reçoit aucune communication intéressant un Etat partie qui n'a pas fait une telle déclaration". L'alinéa 8 dispose que "Les dispositions du présent article

- entreront en vigueur lorsque dix Etats parties à la présente Convention auront fait la déclaration prévue au paragraphe 1 du présent article. Ladite déclaration est déposée par l'Etat partie auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui en communique copie aux autres Etats parties. Une déclaration peut être retirée à tout moment au moyen d'une notification adressée au Secrétaire général. Ce retrait est sans préjudice de l'examen de toute question qui fait l'objet d'une communication déjà transmise en vertu du présent article; aucune autre communication soumise par ou pour le compte d'un particulier ne sera reçue en vertu du présent article après que le Secrétaire général aura reçu notification du retrait de la déclaration, à moins que l'Etat partie intéressé n'ait fait une nouvelle déclaration".
94. Le seul Comité qui exerce des fonctions *quasi* juridictionnelles est celui des droits de l'homme, institué par le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. En vertu du Protocole facultatif relatif au pacte international relatif aux droits civils et politiques, le comité reçoit et examine les communications qui émanent des particuliers qui prétendent avoir été victimes d'une violation d'un des droits énoncés dans le pacte (article 1er).
95. V. sur le sujet BOSNIAK (L.), *op. cit.*, p. 760.
96. CHOLEWINSKI (R.), *Migrant Workers in International Human Rights Law*, *op. cit.*, p. 199.
97. Selon Henri STEINER, les conséquences de l'utilisation plus fréquente du mécanisme de communications individuelle pourraient être remarquables. V. sur le sujet STEINER (H. J.), "Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Human Rights Committee?", in ALSTON (P.), CRAWFORD (J.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, éd. Cambridge University Press, Cambridge, New York, Oakleigh, 2000, p. 34.
98. Pour le rôle des ONGs, v. NIESSEN (J.), TARAN (P. A.), "Using the New Migrant Workers' Rights Convention", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 862-863.
99. ROUSSEAU (C.), *Principes généraux du droit international public*, vol. 1, éd. Pedone, Paris, 1944, p. 891.
100. CANÇADO TRINDADE (A. A.), Opinion séparée, affaire des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt du 20 avril 2010, p. 12. Pour les cours de La Haye qui ont abordé le sujet relatif aux principes de droit international, v. ROLIN (H.), "Les principes de droit international public", *R.C.A.D.I.*, 1950, II, vol. 77, pp. 305-479; SCHWARZENBERGER (G.), "The fundamental principles of international law", *R.C.A.D.I.*, 1955, I, vol. 87, pp. 195-385; GUGGENHEIM (P.), "Les principes de droit international public", *R.C.A.D.I.*, 1952, I, vol. 80, pp. 5-189; ROUSSEAU (C.), "Principes de droit international public", *R.C.A.D.I.*, 1958, I, vol. 93, pp. 369-549; FITZMAURICE (G.), "The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law", *R.C.A.D.I.*, 1957, II, vol. 92, pp. 1-223; SØRENSEN (M.), "Principes de droit international public: cours général", *R.C.A.D.I.*, 1960, III, vol. 101, pp. 1-254; JENNINGS (R. Y.), "General course on principles of international law", *R.C.A.D.I.*, 1967, II, vol. 121, pp. 323-605.
101. *Idem.*
102. Cette déclaration a été adoptée par la Conférence internationale du travail à sa 86ème session, Genève, 18 juin 1998, annexe révisée le 15 juin 2010. Pour un historique de l'adoption de La Déclaration de 1998, v. "Examen d'une éventuelle déclaration de principes de l'Organisation internationale du Travail relative aux droits fondamentaux et de son mécanisme de suivi approprié", CIT, quatre-vingt-sixième session, 1998 (rapport VII), pp. 3-10 et ALSTON (P.), "Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime", in LEARY (V. A.), WARNER (D.), *Social Issues, Globalization and International Institutions – Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, pp. 7-18. V. également KELLERSON (H.), "La Déclaration de 1998 de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux: un défi pour l'avenir ?", *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), n° 2, pp. 243-248.
103. MAUPAIN (F.), "L'OIT, la justice sociale et la mondialisation", *R.C.A.D.I.*, 1999, vol. 278, p. 263. ALSTON (P.) l'a considéré en tant

- que tournant de la transformation révolutionnaire de l'OIT, *Ibid*, p. 2.
104. V. notamment les articles suivants qui ont polarisé le débat: ALSTON (P.), HEENAN (J.), "Shrinking the International Labor Code: an Unintended Consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, 2-3, 2004, pp. 221-264; ALSTON (P.), "Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime", *European Journal of International Law*, v. 15, 2004, pp. 457-521. Ce dernier article a été également publié in LEARY (V. A.), WARNER (D.), *Social Issues, Globalization and International Institutions – Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, pp. 1-87; LANGILLE (B. A.), "Core Labour Rights: The True Story (Reply to Alston)", *European Journal of International Law*, v. 16, n° 3, 2005, pp. 409-437. Cet article a été également publié in LEARY (V. A.), WARNER (D.), *Social Issues, Globalization and International Institutions – Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, pp. 89-124; MAUPAIN (F.), "Revitalization not Retreat: the Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Worker's Rights", *European Journal of International Law*, vol. 16, 3, 2005, pp. 439-465; ALSTON (P.), "Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda", *European Journal of International Law*, v. 16, n° 3, 2005, pp. 467-480.
105. Néanmoins, Philip ALSTON a souligné que l'adoption de la déclaration fait partie de la stratégie de certains pays, notamment des Etats-Unis, d'orienter le débat relatif aux droits du travail de la sphère conventionnelle et donc contraignante de l'OIT vers une approche flexible, laissant une plus grande marge de manoeuvre aux Etats. Francis MAUPAIN soutient de sa part que "l'adoption de la déclaration a été le résultat d'une négociation complexe et obéit à des motivations très diverses de la part des différents protagonistes", *Ibid*, p. 263. Il ne met pas l'accent sur les Etats-Unis.
106. ALSTON (P.), *op. cit.*, p. 28.
107. Philip ALSTON considère à ce propos que les quatre 'core labour standards' représentent un choix sélectif, voire arbitraire. V. "Core Labour Standards' (...)", *op. cit.*, p. 36.
108. MAUPAIN (F.), *op. cit.*, p. 271, note 127.
109. V. sur ce point ALSTON (P.), "Core Labour Standards' (...)", *op. cit.*, p. 41 et CLEVELAND, LYON, SMITH, "Inter-American Court of Human Rights Amicus Curiae Brief: The United States Violates International Law When Labour Law Remedies Are Restricted Based on Workers' Migrant Status", *Seattle Journal for Social Justice*, n° 1, 2003, 795, at. 844.
110. La Constitution de l'OIT comporte une particularité qui consiste à l'obligation des Etats-membres de soumettre à leur autorité compétente, dans un délai d'un an, les conventions adoptées par la Conférence internationale du Travail en vue de les transformer en loi. L'article 19, § 5, alinéa e), de la Constitution précise que "si une convention n'obtient pas l'assentiment de l'autorité ou des autorités, le Membre ne sera soumis à aucune autre obligation si ce n'est qu'il devra faire rapport au Directeur général". Il s'agit de la seule obligation applicable aux Etats-membres qui n'ont pas ratifié une ou plusieurs conventions de l'OIT. Les Etats doivent donc promouvoir de bonne foi les buts et objectifs énoncés dans la Constitution de l'OIT.
111. MAUPAIN (F.), *op. cit.*, p. 271.
112. V. à propos de l'interprétation téléologique au sein de l'Union européenne: LECOURT (R.), *L'Europe des juges*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1976, pp. 236-237; LECOURT (R.), *Le juge devant le Marché commun*, éd. Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, Genève, 1970, p. 61.
113. La CIJ a fait un usage répété de la théorie des pouvoirs implicites, notamment à propos du *statut international du Sud Ouest africain* (avis consultatif du 1er juillet 1950), de *l'effet des jugements du Tribunal administratif des Nations Unies* (avis du 20 juillet 1962), de *conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie* (avis consultatif du 21 juin 1971), de *reparations des dommages subis au service des Nations Unies* (avis consultatif du 11 avril 1949) et de *la licéité de l'emploi des armes nucléaires* (OMS) (avis consultatif du 8 juillet 1996).
114. CPJI série B, n° 13: compétence de l'OIT pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron (1926).
115. Il a déclaré qu' "une constitution – et cela s'applique spécialement à la Charte fonda-

- mentale d'une organisation internationale – donne vie à une institution et il serait vain et sans doute dangereux de prétendre en fixer étroitement le cours et le destin. Tout en énonçant les objectifs et les garanties essentiels pour tous, cette Constitution doit être conçue de manière suffisamment souple pour s'adapter aux circonstances", C.R.P. 1986, n° 9, p. 9/7, cité par MAUPAIN (F.), "La réforme de l'Organisation internationale du Travail", *Annuaire français de droit international*, vol. 33, 1987, p. 482.
116. Selon MAUPAIN (F.) "C'est à ce titre qu'au début des années cinquante, dans le contexte marqué par la guerre froide, s'est développé un mécanisme très original qui permet à des organisations de travailleurs ou d'employeurs de soumettre des plaintes en matière de liberté syndicale", in "L'OIT, la justice sociale et la mondialisation", *R.C.A.D.I.*, 278, 1999, p. 270. V. également "The Strengthening of the ILO's Supervisory System", ILO Doc., GB. 267/LILS/5, 267ème session, novembre 1996, § 9.
117. Un nombre important de travailleurs ne peut pas se prévaloir de la liberté syndicale, reconnue par la convention n° 87 de l'OIT, comme ceux provenant de quelques Etats comme le Brésil, la Chine, l'Inde et les Etats-Unis qui n'ont pas ratifié la convention en cause. Ces pays sont considérés en tant que pays d'envoi et non pas récepteurs des travailleurs migrants irréguliers.
118. DWORKIN (R.), *Levando os direitos a sério*, éd. Martins Fontes, São Paulo, 2002, pp. 23-125.
119. Pour plus de détails, v. VALTICOS (N.), "Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale", *R.C.A.D.I.*, 1975, I, vol. 144, pp. 77-138.
120. Annexe révisée de la déclaration ("suivi de la déclaration"), alinéa 2.
121. Les rapports sont étudiés par le comité des experts-conseillers indépendants. Ce groupe d'experts-indépendants a établi une introduction à la compilation des rapports annuels. Ils ont présenté une compilation des rapports annuels entre 2000 et 2008. Le mandat de ce groupe ayant expiré en 2008, le Bureau a présenté la compilation de l'année 2009. Le rapport vise à donner au Conseil d'administration de l'OIT "une vue d'ensemble de la situation en ce qui concerne la promotion et la mise en oeuvre des principes et droits fondamentaux au travail dans chacun des cas de non-ratification" (Conseil d'administration du BIT, "Examen des rapports annuels en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail", GB. 304/3, 34ème session, 27 février 2009, Introduction).
122. Les rapports annuels ont été critiqués par leur contenu général purement descriptif de la législation, n'analysant pas avec profondeur de stade de l'application de la loi. Sur ce point, v. ALSTON (P.), *op. cit.*, p. 75. V. également OIT, "Review of the follow-up to the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work", Conférence internationale du travail, 99ème session, VIIème rapport, § 27, p. 6. Cette critique trouve d'écho si l'on analyse le contenu de l'examen des rapports annuels en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail". Quant au rapport global établi par le directeur général, celui-ci a été considéré plus substantif, n'étant toutefois pas capable d'évaluer les progrès effectifs réalisés par les Etats en ce qui concerne les principes et droits découlant de la déclaration.
123. MAUPAIN (F.), *op. cit.*, p. 274.
124. Pour plus de détails concernant la convention sur la liberté syndicale, v. DUNNING (H.), "Les origines de la convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical", *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), n° 2, pp. 165-186; SWEPSTON (L.), "Droits de l'homme et liberté syndicale: évolution sous le contrôle de l'OIT", *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), n° 2, pp. 187-214; POTOBSKY (G.), "Liberté syndicale: l'impact de la convention n° 87 et l'action de l'OIT", *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), n° 2, pp. 215- 241.
125. Comité de la liberté syndicale, cas n° 2227, plainte présentée par La Fédération américaine du travail et Congrès des organisations industrielles (AFL-CIO) et la Confédération des travailleurs du Mexique (CTM) le 18 octobre 2002, rapport n° 332, LXXXVI, 2003, série B, n° 3, § 600. Pour la procédure devant le Comité de la liberté syndicale, v. BIT, *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, Genève, Bureau international du Travail, 5e édition révisée, 2006, pp. 7-12.
126. Il s'agit de la loi organique no 8/2002 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale (LO 8/2000), entrée en

vigueur le 23 janvier 2001. Comité de la liberté syndicale, cas n° 2121, Plainte présentée par L'Union générale des travailleurs (UGT) le 23 mars 2001, relative au Déni du droit syndical et des droits de grève, de réunion, de manifestation, d'association et de négociation collective aux travailleurs étrangers "en situation irrégulière", rapport n° 327, vol. LXXXV, 2002, Série B, n° 1.

127. Comité de la liberté syndicale, cas n° 2121, § 556.
128. Le Comité européen des droits sociaux s'est utilisé d'une interprétation téléologique afin d'élargir les droits applicables aux étrangers en situation irrégulière dans le territoire des Etats parties à la Charte sociale européenne. Il s'agissait d'une réclamation relative aux dispositions introduites en 2002 et 2003, modifiant le Code de l'action sociale et des familles, relatives à la "couverture médicale universelle" (CMU) (1) et à "l'aide médicale d'état" (AME). Ces modifications ont fait en sorte que les conditions pour la prise en charge des soins médicaux des étrangers en situation irrégulière en état de besoin soient restreintes. Selon le plaignant, elles violent les engagements souscrits par les Etats parties de la Charte sociale européenne, notamment son article 13, § 1 et 4 et 17. La FIDH soutient que l'irrégularité de la situation des intéressés ne pourrait pas justifier la privation de toute forme d'assistance médicale. Les dispositions en cause seraient donc applicables aux étrangers en situation irrégulière, malgré le § 1er de l'annexe à la Charte sociale européenne. Le Comité a pris l'occasion pour affirmer que l'interprétation de la Charte doit être faite selon les techniques d'interprétation consacrées par la Convention de Vienne sur le droit des traités, précisément son article 31, § 1, qui met accent sur l'objet et le but d'un traité. Le Comité considère que la Charte est "un instrument vivant, voué à certaines valeurs qui l'inspirent (...)". Les restrictions aux droits fondamentaux doivent donc être interprétées strictement, de façon à laisser "intacte l'essence du droit en question et permettre d'atteindre l'objectif général de la Charte". La finalité de la Charte doit être prise en compte lors de l'interprétation de l'annexe 1er, qui restreint son champ d'application aux seuls étrangers résidant légalement dans le territoire d'un Etat membre. Le Comité a donc jugé que la législation qui niait le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers, même en situation irrégulière, était

contraire à la Charte. Cette interprétation téléologique et donc extensive de la Charte a toutefois été l'objet de critiques adressées par M. Stein EV JU, dans son opinion dissidente, à laquelle se sont ralliés Mme. Polonca KONKAR et M. Lucien FRANÇOIS. Selon eux, les droits sociaux garantis par la Charte visent uniquement les ressortissants des Etats membres se trouvant légalement sur le territoire d'une Partie. La clarté du libellé de l'annexe 1er et des articles invoqués ne laissent place à aucune ambiguïté et donc ne se prêtent pas à une interprétation aussi large. Une interprétation téléologique ne pourrait donc pas aller à l'encontre d'une formulation explicite de la Charte. V. Comité européen des droits sociaux, *Fédération internationale des Ligues de Droits de l'Homme c. France*, réclamation n° 14/2003, décision sur le bien-fondé du 8 septembre 2004. Dans sa décision prise sur le bien-fondé de la réclamation n° 47/2008, le Comité a également fait usage de l'interprétation téléologique. Il s'agissait d'une affaire jugé récemment portant sur la discrimination raciale concernant la jouissance du droit au logement des Roms et Sintis, ainsi que les difficultés auxquelles ils se heurtent en matière d'accès au logement et aux prestations familiales. De l'avis du Comité, les droits invoqués s'appliquent également aux ressortissants de pays tiers ou des personnes résidant illégalement dans un Etat partie. Cette approche téléologique s'avère la plus propre pour atteindre le but et pour réaliser l'objet de la Charte sociale. V. Comité européen des droits sociaux, *Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas*, réclamation n° 47/2008, décision sur le bien-fondé du 20 octobre 2009.

129. Comité de la liberté syndicale, cas n° 2227, plainte présentée par La Fédération américaine du travail et Congrès des organisations industrielles (AFL-CIO) et la Confédération des travailleurs du Mexique (CTM) le 18 octobre 2002, rapport n° 332, LXXXVI, 2003, série B, n° 3.
130. La Fédération américaine du travail et Congrès des organisations industrielles (AFL-CIO) regroupe 66 syndicats nationaux et internationaux aux Etats-Unis et représente environ 13 millions de travailleuses et de travailleurs (§ 554 du rapport).
131. La Confédération des travailleurs du Mexique (CTM) représente quant à elle 5,5 millions de membres entretenant des liens familiaux

- et professionnels étroits avec les travailleurs mexicains qui travaillent à l'étranger et dont les droits sont directement et indirectement remis en question par les mesures adoptées par le gouvernement des Etats-Unis.
132. M. José Castro a été licencié de l'entreprise Hoffman Plastic pour avoir appuyé une campagne de syndicalisation et distribué des cartes syndicales à des collègues. Pour plus de détails sur l'affaire, v. les §§ 556 à 577.
133. Comité de la liberté syndicale, cas n° 2227, § 578.
134. *Ibid*, § 604 et 608.
135. *Idem*.
136. *Ibid*, § 611.
137. V. FLAUSS (J.-F.), "L'étranger, entre souveraineté nationale et droits de l'homme. Les principes en droit international", in CARLIER, J.-Y., *L'étranger face au droit*, XXème Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 72.
138. V. SCALABRINO (M.), "Les travailleurs clandestins dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", in CHETAIL (V.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 363-400; HENNEBEL L., "L'humanisation du droit international des droits de l'homme: commentaire de l'Avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", *R.T.D.H.*, n° 59, 2004, p. 747; BURGORGUE-LARSEN (L.), UBEDA DE TORRES (A.), *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 459 et s.; LYON (B.), "The Inter-American Court of Human Rights defines unauthorized migrant workers' rights for the hemisphere: a comment on advisory opinion 18", *N.Y.U. Review of Law & Social Change*, vol. 28, 2003-2004, pp. 547-596; CLEVELAND (S.), "Rights of undocumented workers, human rights, nondiscrimination, jus cogens, inter-American system", *American Journal of International Law*, 99, 2005, pp. 460-465.
139. CANCADO TRINDADE (A. A.), "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I) - General Course on Public International Law", *R.C.A.D.I.*, vol. 316, 2005, cap. XII, pp. 336-346; CANCADO TRINDADE (A. A.), "La ampliación del contenido material del ius cogens", in Comité Jurídico Interamericano, *Curso de Derecho Internacional*, XXXIV, 2007, pp. 1-15; CANCADO TRINDADE (A. A.), "Jus cogens: The Determination and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case-law", in Comité Jurídico Interamericano, *Curso de Derecho Internacional*, XXXV, 2008, pp. 3-29; CANCADO TRINDADE (A. A.), *A humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, ed. Del Rey, 2006, pp. 3-406; CANCADO TRINDADE (A. A.), "El desarraigo como problema humanitario y de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal", "Derecho internacional y humanitario y temas de áreas vinculadas", *Lecciones y Ensayos* n° 78, Gabriel Pablo Valadares (org.), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 71-116, spéc. chapitre XI.
140. Selon le juge, la prise en compte de la "conscience juridique universelle" jouera un rôle fondamental pour l'intensification du processus d'humanisation du droit international contemporain. Le juge affirme que la conscience serait supérieure à la volonté. Pour plus de détails, v. opinion séparé § 25 et 87. V. également vote séparé dans l'affaire des *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiana en la República Dominicana* (Medidas Provisionales de Protección, 2000) devant la CIDH, § 12.
141. M. FLORY, "Ordres juridiques et statut des travailleurs étrangers", in Colloque de Clermont-Ferrand, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, éd. Pedone, Paris, p. 194.
142. Opinion séparée, § 24.
143. Avis n° 18/03, § 51.
144. V. Avis n° 18/03, du 17 septembre 2003, sollicité par les Etats Unis mexicains, relatif au "statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux", § 2. Comme on l'a vu ci-dessus, la Cour Suprême avait, en effet, décidé qu'un travailleur mexicain, licencié pour avoir distribué des informations d'ordre syndical, n'avait pas droit à des indemnités en raison de sa situation irrégulière sur le territoire des Etats-Unis (Cour Suprême des Etats-Unis, 27 mars 2002, *Hoffman Plastics Compound Inc v. National Labor Relations Board - NLRB*). Cette décision a été prise sous le prétexte de décourager l'emploi des travailleurs migrants irréguliers; l'objectif supposé de la législation nord-américaine (IRCA: *Immigration Reform and Control Act* de 1986).

145. La possibilité de consulter la Cour à propos de l'interprétation de la convention américaine des droits de l'homme ou de tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les Etats américains est ouverte à tous les Etats membres de l'organisation, ainsi qu'à tous les organes énumérés au chapitre X de la Charte. V. article 64 de la Convention américaine des droits de l'homme.
146. V. Avis n° 18/03, § 52. Il s'agit ici des articles 2, § 1 de la Déclaration universelle, de l'article 2 de la Déclaration américaine, des articles 2 et 26 du Pacte international des droits civils et politiques et des articles 1 et 24 de la Convention américaine.
147. Concernant les obligations *erga omnes*, v. CIJ, arrêt du 5 février 1970, affaire *Barcelona Traction Light and Power Company Limited* (Belgique c. Espagne), deuxième phase, Rec. 1970, p. 32, § 34. Les obligations *erga omnes* seraient "les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble (...)", tous les Etats "ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés". V. également CIJ, arrêt du 30 juin 1995, affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie), Rec. 1995, p. 102, § 28-29.
148. Le concept de *jus cogens* a été pour la première fois consacré dans trois articles de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (art. 53, 64 et 71). Tout traité qui entre en conflit avec une norme impérative du droit international est nul. La convention ne mentionne pas l'origine ou le contenu de ces normes, ce qui a conduit les juges internationaux à clarifier progressivement cette notion. La jurisprudence a élargi ce principe en le faisant évoluer d'une consécration implicite à une consécration explicite. V. CIJ, arrêt du 9 avril 1949, *Détroit de Corfou* (Royaume Uni c. Albanie), fond, Rec. 1949, p. 22; CIJ, arrêt du 28 mai 1951, avis consultatif, *Réserves à la convention pour la prévention et répression du crime de génocide*, Rec. 1951, pp. 22-24; CIJ, arrêt du 15 décembre 1979, *affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance, Rec. 1979, pp. 18-20, § 35-44; CIJ, arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, Rec. 1986, pp. 100-101, Rec. § 190; CIJ, arrêt du 8 juillet 1996, avis consultatif, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, pp. 257-258; CIJ, arrêt du 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence de la Cour et recevabilité de requête, § 64-70; TPI (deuxième chambre), arrêt du 21 septembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. T-306/01 et *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil et Commission*, aff. T-315/01; TPIY, chambre de première instance, 10 décembre 1998, *Le procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, jugement, § 143-157; CEDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani*, req. n° 35763197. Pour la doctrine, v. notamment VISSCHER (C.), "Positivisme et *jus cogens*", *R.G.D.I.P.*, vol. 75, 1971, pp. 5-11; VIRALLY (M.), "Réflexions sur le *jus cogens*", *Annuaire français de Droit international*, 12, 1966, pp. 5-29; et GAJA (G.), "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", *R.C.A.D.I.*, 1981, III, vol. 172, pp. 271-316.
149. Question n° 2.1 et 4 de la demande d'avis du Mexique.
150. La Cour a distingué les termes de différence et de discrimination. Sans innover sur ce point, elle a affirmé que le terme "différence" sera employé pour ce qui est admissible, raisonnable, proportionnel et objectif. La discrimination sera utilisée pour faire référence à ce qui est inadmissible et viole les droits de l'homme (toute exclusion, restriction ou privilège qui n'est pas objectif et raisonnable ou qui se manifeste au détriment des droits de l'homme), v. § 84.
151. Avis n° 18/03, § 101. La Cour a été accusée d'aller trop loin en consacrant le principe de non-discrimination comme étant une norme de *jus cogens* (FLAUSS (J.-F.), *op. cit.*, p. 74).
152. En ce qui concerne les conséquences d'une norme impérative pour le droit des traités, v. article 53 de la Convention de Vienne du droit des traités du 23 mai 1969.
153. V. avis consultatif n° 18/03, § 110. Le juge A. A. Cançado Trindade a clarifié la double dimension des obligations *erga omnes*. Elles auraient, d'une part, une dimension horizontale, qui conduit à affirmer que les obligations *erga omnes* s'appliquent à toute la communauté internationale; et, d'autre part, une dimension verticale permettant d'étendre les ces obligations tant aux organes et agents public qu'aux particuliers dans leurs relations interindividuelles. V. opinion séparée, § 76 et 77.

154. Question n° 2.1 de la demande d'avis du Mexique.
155. Avis consultatif, § 112.
156. Opinion séparée du juge A. A. Cançado Trindade, § 14.
157. Avis consultatif, § 118.
158. Avis consultatif, § 119.
159. Question n° 2.2 et 1 de la demande d'avis du Mexique.
160. Avis consultatif, § 133 et 134.
161. Cette notion englobe l'ensemble des droits du travailleur conformément au système juridique en cause, qu'il soit national ou international. Dans l'application des droits, l'Etat doit privilégier l'ordre juridique qui prévoit les droits les plus favorables. V. avis consultatif, § 155 et 156.
162. Avis consultatif, § 154.
163. § 121 et 122. La CIDH cite à ce sujet l'avis consultatif relatif au droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du procès équitable, § 117 et 119. Selon la Cour, les garanties minimales découlant du procès équitable s'appliquent dans la détermination de tous les droits, y compris ceux d'ordre civil, du travail ou fiscal - § 124. V. également opinion séparée du juge A. A. Cançado Trindade, § 30. La CIDH a en effet privilégié dans les affaires concernant les travailleurs l'accès au juge et le droit à un procès équitable, ainsi que le droit de propriété et la liberté d'association. V. BURGORGUE-LARSEN (L.), UBEDA DE TORRES (A.), *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 480. V. CIDH, 2 février 2001, *Fond, Baena Ricardo et autres c. Panama*, série C, n° 72, §§ 126 et 127.
164. Pour plus de détails concernant l'affaire, v. p. 28 de ce travail.
165. Avis consultatif, § 125.
166. Avis consultatif, § 157.
167. Selon CLEVELAND S., la Cour n'a pas fourni une base afin de déterminer quels sont les droits du travail considérés inaliénables, in "Rights of undocumented workers, human rights, nondiscrimination, jus cogens, inter-American system", *American Journal of International Law*, 99, 2005, p. 464.
168. La C.I.D.H. n'a toutefois pas analysé la question de la violation des droits économiques, sociaux et culturels. Une telle approche aurait permis l'établissement d'un minimum de droits applicables, n'étant pas limitée à la protection fournie par l'Etat d'emploi aux travailleurs migrants réguliers ou nationaux. L'approche de la Cour peut s'expliquer en fonction du contenu de la demande d'avis formulée par Le Mexique ou bien en fonction de la sensibilité du sujet, favorisant une prise de position sur une question moins controversée. Sur ces points, v. LYON B., "The Inter-American Court of Human Rights defines unauthorized migrant workers' rights for the hemisphere: a comment on advisory opinion 18", *N.Y.U. Review of Law & Social Change*, vol. 28, 2003-2004, p. 585.
169. *Idem*.
170. FLAUSS (J.-F.), *op. cit.*, p. 73.
171. Les avis rendus par la CIDH ne sont pas juridiquement obligatoires, mais ils jouissent d'une autorité morale incontestable, permettant à la Cour de contribuer à l'évolution du droit international des droits de l'homme (Dans ce sens, v. HENNEBEL (L.), "L'humanisation du droit international des droits de l'homme: commentaire de l'Avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", *R.T.D.H.*, n° 59, 2004, p. 756). La Cour a insisté pour que l'étendue de ses avis consultatifs dépasse de loin le cadre limité des Etats qui ont accepté sa compétence. Son avis ne doit pas se limiter aux Etats qui ont ratifié la Convention américaine car il vise à "faciliter les Etats membres et les organes de l'OEA l'obtention d'une interprétation judiciaire sur une disposition de la Convention ou d'autres traités concernant la protection des droits de l'homme dans les Etats américains" (avis consultatif n° 18, § 58 et 59. V. également les décisions citées par la Cour: *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, § 36 et 40; *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). La Cour pourra donc émettre un avis sur la compatibilité de l'une quelconque des lois d'un Etat avec les instruments internationaux précités (avis consultatif n° 18, § 53 et 54. V. article 64 de la convention américaine). Cette caractéristique est particulièrement importante en ce qui concerne l'affaire en l'espèce. C'est la raison pour laquelle elle tient à insister que les conclusions tirées dans l'avis consultatif s'appliquent à tous les Etats

- membres de l'OEA qui ont ratifié la Charte de l'OEA, la Déclaration américaine, la Déclaration universelle ou bien le Pacte International de Droits Civils et Politiques (avis consultatif n° 18, § 60). Les Etats-Unis d'Amérique devraient donc respecter l'avis consultatif rendu par la Cour, indépendamment de ne pas avoir ratifié la Convention américaine, ce qui est toujours le cas. Néanmoins, c'est apparemment l'effet contraire qui s'est produit: la législation nord-américaine portant sur les travailleurs migrants a été durcie, l'exemple de la loi de l'Arizona en témoigne. Cette loi sur "le renforcement de l'application de nos lois et de la sécurité de nos quartiers" est connue sous le nom "projet de loi 1070 ou "Arizona SB 1070". D'autres exemples concernent l'utilisation de la jurisprudence *Hoffman Plastics* par d'autres cours d'appel au Michigan et en Pennsylvanie. V. sur le sujet LYON B., "The Inter-American Court of Human Rights defines unauthorized migrant workers' rights for the hemisphere: a comment on advisory opinion 18", *N.Y.U. Review of Law & Social Change*, vol. 28, 2003-2004, p. 562.
172. La Commission des droits de l'homme de l'ONU a déjà invoqué l'avis consultatif n° 18/03 dans une résolution concernant les droits de l'homme des migrants. Il s'agit de la résolution 2004/53, du 20 avril 2004.
 173. ANNAN K., "Two concepts of sovereignty", *The Economist*, 18 septembre 1999.
 174. Opinion consultative n° 18/03, 17 septembre 2003, sollicitée par les Etats Unis mexicains, relative à la "condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados".
 175. CACADO TRINDADE (A. A.), *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tome III, Porto Alegre, Brésil, éd. S. A. Fabris, 2002, p. 524, § 187; et CACADO TRINDADE (A. A.), *Evolution du droit international au droit des gens - l'accès des individus à la justice internationale, le regard d'un juge*, éd. Pedone, Paris, 2008, p. 117.
 176. Le droit d'accès à la justice doit s'entendre lato sensu: il s'agit du droit à ce que la justice soit faite, in CACADO TRINDADE (A. A.), *Evolution du droit international au droit des gens*, op. cit., p. 81.
 177. OEA, *rapport annuel de la cour interaméricaine des droits de l'homme - 2000*, adressé par le Président de La Cour interaméricaine des droits de l'homme, le juge A. A. Cançado Trindade devant l'Assemblée générale de l'OEA, tenue à Windsor, Canada, annexe LI, pp. 785-790) et OEA, rapport présenté par le Président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, le juge A. A. Cançado Trindade, à la Commission des affaires juridiques et politiques du Conseil permanent de l'OEA, dans le cadre du dialogue sur le renforcement du système interaméricain de protection des droits de la personne humaine: "vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine", 19 avril 2002, OEA, document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1933/02, de 25.04.2002, p. 3.
 178. Idem.
 179. Article 44 de La Convention américaine relative aux droits de l'homme.
 180. Règlement de la Cour interaméricaine adopté le 24 novembre 2000 et entré en vigueur le 1er juin 2001.
 181. OEA, *rapport annuel de la cour interaméricaine des droits de l'homme - 2000*, adressé par le Président de La Cour interaméricaine des droits de l'homme, le juge A. A. Cançado Trindade devant l'Assemblée générale de l'OEA, tenue à Windsor, Canada, annexe LI, pp. 785-790.
 182. CACADO TRINDADE (A. A.), *Evolution du droit international au droit des gens*, op. cit., p. 29.
 183. L'article 34 du Protocole n° 11 prévoit la possibilité d'introduire des requêtes par des personnes physiques qui se prétendent victimes d'une violation des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. L'Etat en cause ne pourra pas entraver l'exercice efficace de ce droit.
 184. En vertu de l'article 35 § 3, le Protocole est entré en vigueur 30 jours après le dépôt du 15e instrument de ratification. V. Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, adopté à Ouagadougou, Burkina Faso, le 10 juin 1998.
 185. Article 5, § 3, du Protocole. Concernant les moyens trouvés par la Commission afin d'autoriser l'introduction de requêtes individuelles et de résoudre le problème relatif à l'absence de mention quant à cette possibilité dans la Charte africaine, v. ATANGANA AMOUGOU (J.-L.), "Avancées et limites du système africain de protection des droits de

- l'homme: la naissance de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples", *Droits fondamentaux*, n° 3, janvier – décembre 2003, p. 178. V. également NALDI (G. J.), MAGLIV-ERAS (K.), "Reinforcing the African System of Human Rights: The Protocol on the Establishment of a Regional Court of Human and People's Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, n° 16, 1998, pp. 431-456 et BELLO (E. G.), "The African Charter on Human Rights and People's Rights: A Legal Analysis", *R.C.A.D.I.*, n° 194, 1985, pp. 21-184.
186. V. Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux, adoptée le 15 novembre 1982 par l'Assemblée générale (A/RES/37/10); rapport de l'ancien Secrétaire général M. Boutros-Ghali, intitulé "Agenda pour la paix: diplomatie préventive, rétablissement de la paix, maintien de la paix", présenté par le Secrétaire général en application de la déclaration adoptée par la réunion au sommet du Conseil de sécurité le 31 janvier 1992, A/47/277-S/24111, § 39; rapport de l'ancien Secrétaire général M. Kofi Annan, relatif à la "prévention des conflits armés", présenté par le Secrétaire général le 7 juin 2001, A/55/285-S/2001/574, § 48 et 50.
187. Article 62 de la Convention américaine. CASCADO TRINDADE (A. A.), *Evolution du droit international au droit des gens*, op. cit., p. 60 et CASCADO TRINDADE (A. A.), "La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme au seuil du XXIème siècle", *Actualité et Droit International*, 24 février 2000 (<http://www.ridi.org/adi>), § 7 et 8.
188. V. C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, *Recueil* 2006, p. 6, § 64; *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête: 2002), (République démocratique du Congo c. Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, *Recueil* 2002, p. 219, § 71; *Timor oriental* (Portugal c. Australie), *Recueil* 1995, p. 102, § 29.
189. La mention relative "au seul fait que des droits et obligations erga omnes seraient en cause" a soulevé quelques critiques. En ce faisant, la Cour admettrait indirectement qu'une norme de *jus cogens* pourrait limiter le principe du consentement étatique à condition que d'autres éléments soient présents. Dans ce sens, v. QUINDIMIL LOPEZ (J. A.), "Las normas de *ius cogens* y el consentimiento de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia: ¿hacia un nuevo fundamento de jurisdicción? Comentarios sobre la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2006, Actividades armadas sobre el territorio del Congo, República Democrática del Congo contra Ruanda -nueva demanda de 2002-)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 12, 2006, p. 11.
190. C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, *Recueil* 2006, p. 6, § 64.
191. LATTY (F.), "La Cour internationale de justice face aux tiraillements du droit international: les arrêts dans les affaires des activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda, 19 décembre 2005; RDC c. Rwanda, 3 février 2006)", *Annuaire français de droit international*, vol. 51, 2005, p. 211.
192. Déclaration du juge Elaraby, Accord sur les conclusions de la Cour – Limites du système judiciaire international – Impossibilité pour la Cour de mettre en application le principe de bonne administration de la justice – Affaires connexes fondées sur des chefs de compétence différents – Non-reconnaissance par le Rwanda de la juridiction obligatoire de la Cour – Nature consensuelle de la compétence de la Cour – Gravité de la situation en cause – Importance de l'acceptation par les Etats de la juridiction obligatoire de la Cour, § 7.
193. Déclaration du juge Elaraby, § 10.
194. Selon l'opinion individuelle de M. le juge ad hoc Dugard, la Cour ne pourrait pas accepter les arguments avancés par la RDC au risque d'outrepasser sa fonction juridictionnelle légitime car seuls les Etats peuvent modifier l'article 36 du Statut de la Cour (§ 13). Opinion individuelle de M. le juge ad hoc Dugard, Accord avec l'arrêt de la Cour – Le *jus cogens* a un rôle important à jouer dans les affaires jugées par la Cour – Le *jus cogens* doit être invoqué par la Cour, dans l'exercice de son choix judiciaire, comme un guide et non comme un moyen de faire échec à une norme du droit international général acceptée et reconnue par la communauté internationale tout entière – L'argument selon lequel le *jus cogens* confère compétence à la Cour en l'espèce est, dès lors, infondé – Pour prouver que la condition de négociation contenue dans une clause compromissoire est satisfaite par des conférences diplomatiques, le demandeur doit indiquer avec

- un certain degré de précision la convention visée et la nature des violations alléguées.
195. Selon l'article 46, § 1, a) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, la Commission ne pourra retenir une pétition ou communication que si "toutes les voies de recours internes aient été dûment utilisées et épuisées conformément aux principes du Droit international généralement reconnu". Le § 2 de cet article mentionne des situations dans lesquelles cette règle ne trouverait pas à s'appliquer. Il s'agit des situations suivantes: "a. Il n'existe pas, dans la législation interne de l'Etat considère une procédure judiciaire pour la protection du droit ou des droits dont la violation est alléguée; b. l'individu qui est présumé lésé dans ses droit s'est vu refuser l'accès des voies de recours internes ou a été mis dans l'impossibilité de les épuiser, ou c. il y a un retard injustifié dans la décision des instances saisies".
196. Le Protocole n° 11, qui a introduit la possibilité de présenter des requêtes individuelles, prévoit à l'article 35 que la Cour NE pourra être saisi "après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus (...)"
197. Le protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, ne mentionne pas la règle de l'épuisement des recours internes. Toutefois, le règlement intérieur intérimaire de la Cour mentionne que les "requêtes émanant d'individus et d'organisations non gouvernementales doivent remplir les autres conditions de recevabilité prévues par l'article 56.5 et 56.6 de la Charte et l'article 40 du règlement" (article 34, § 4). Les deux dispositions font référence à la règle de l'épuisement des recours internes en tant que condition de recevabilité des requêtes: "5. Être postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste à la Cour que la procédure de ces recours se prolonge de façon anormale; 6. Être introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des recours internes ou depuis la date retenue par la Cour comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine" (Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi, Kenya, lors de la 18e Conférence de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA). Entrée en vigueur le 21 octobre 1986).
198. En d'autres termes, l'auteur d'une communication n'est tenu d'épuiser les recours internes que "dans la mesure où ceux-ci sont disponibles et opérants et il n'a pas à utiliser de recours extraordinaires ou de recours dont la disponibilité n'est pas suffisamment manifeste", v. Comité des droits de l'homme, affaire *Arzuaga gilboa c. Uruguay*, 1994, n 332/1988, § 6.2; Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Van Oosterwijck*, arrêt du 6 novembre 1980, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1980, vol. 23, pp. 491-495.
199. V. Comité des droits de l'homme, affaires *Kaaber c. Islande*, 1996, n 674/1995; *Ilmari lansman et consorts c. Finlande*, 1994, n 511/1992; *Jong-Kyu Sohn c. République de Corée*, 1995, n 518/1992.
200. CANCELED TRINDADE (A. A.), "Exhaustion of local remedies under the United Nations Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocol", *International and Comparative Law Quaterly*, n° 28, 1979, pp. 734-765 et CANCELED TRINDADE (A. A.), *The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law, its rationale in the international protection of individual rights*, ed. Cambridge university press, Cambridge, 1983, p. 110.
201. Selon le Comité des droits de l'homme, "une situation dans laquelle les tentatives d'un particulier pour saisir les juridictions compétentes de ses griefs sont systématiquement contrecarrées est contraire aux garanties prévues au § 1er de l'article 14 du pacte" (Comité des droits de l'homme, affaire *Bahamonde c. Guinée équatoriale*, 1993, n° 468/1991, § 9.4; affaire *Avellanal c. Pérou*, 1988, n° 202/1986).
202. ROHI (D), "Discriminations légales et précarité: Algériens et Espagnols de France", Direction scientifique (C.) BORDES BENAYOUN, (C.) DELCROIX, Université Toulouse Le Mirail, C.I.R.E.J.E.D. Diasporas, 2002, disponible sur le site: http://www.gip-recherche-justice.fr/catalogue/PDF/rapports/74_RF_Migrants-rohi.PDF.
203. "L'étranger" d'Albert CAMUS est étranger dans la société où il vit car il n'adopte pas les comportements requis. Selon l'auteur, "dans notre société tout homme qui ne pleure pas à l'enterrement de sa mère risque d'être condamné à mort", Biographie Albert CAMUS, Folio, Paris, 2007.

LA JERARQUÍA NORMATIVA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL *JUS COGENS* (1993-2012)

.....

Ricardo Abello-Galvis

Profesor Principal de Derecho Internacional Público y Coordinador del Área de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá – Colombia); M/Phil en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto de altos Estudios Internacionales de Ginebra – IUHEI (Suiza).

I. INTRODUCCIÓN

El estudio que pretendemos hacer en este escrito busca señalar la línea jurisprudencial que ha tenido el concepto de *jus cogens* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana, Corte IDH o Corte en lo sucesivo). Para esto se ha hecho una sistematización de la jurisprudencia de esta Corte para identificar aquellas en las que se hace referencia a este concepto de forma directa o indirecta. Para esto se utilizó como metodología la técnica jurídica o dogmática jurídica,¹ mezclado con un método nominalista para la delimitación del material de referencia,² en este caso la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Una vez sistematizada las decisiones de la Corte Interamericana en lo relativo al concepto de *jus cogens* o normas imperativas, se hará un análisis de las mismas para determinar el uso y el alcance que se le ha dado a las normas imperativas, haciendo especial énfasis en los *obiter dictum* donde la Corte ha ido, poco a poco, fortaleciendo el concepto de *jus cogens* en el sistema interamericano. No deja de llamara la atención el crecimiento que ha tenido este concepto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a la dificultad que ha tenido en el sistema universal para ser aceptado.³ Temporalmente, se decidió analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde sus inicios, 1981, hasta el 30 de septiembre de 2012. En este sentido, la jurisprudencia que sea posterior a esta fecha no entra dentro de nuestro rango de análisis.

II. LOS DERECHOS HUMANOS COMO UN DERECHO SUPRAESTATAL Y NO INTERESTATAL

A lo largo del siglo XX, se consolidó una clara evolución del derecho internacional en el sentido que se pasó de una visión absolutamente horizontal (interestatal) a una visión vertical en donde nos encontramos con una jerarquización normativa en la que los Estados y los individuos se encuentran frente a normas internacionales que les son vinculantes independientemente de su incorporación en el derecho interno o de la ratificación de un tratado. Hoy en día, sin lugar a dudas, conviven los dos esquemas y los tribunales internacionales, especialmente los de derechos humanos, han sido grandes participantes de este desarrollo del derecho internacional.

Si bien son varios los autores que han analizado esa nueva visión del derecho internacional, creemos que la profesora del *College de France* Mireille Delmas – Marty explica claramente este cambio en su obra *Les forces imaginantes du droit, Le Relatif et l'Universel* cuando hace un análisis de los conceptos borrosos (*concepts flous* – Traducción Libre del Autor [TLA]) en el derecho internacional. Al respecto sostiene que “en efecto, una primera diferencia se impone entre el derecho internacional de naturaleza estatal, nacido del viejo *jus gentium* (Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis* (1625), *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. de P. Pradier-Fodéré, PUF, coll. «Léviathan», 1999.) o del derecho de gentes, y el derecho uni-

versal de naturaleza supra estatal, que viene del derecho cosmopolítico cercano a Kant que designa el derecho en la medida que conlleve a una posible unificación de todos los pueblos, relativa a ciertas leyes universales⁴ (TLA). De acuerdo con lo anterior, los derechos humanos, y especialmente el *jus cogens* hacen parte de este desarrollo que ha conllevado a lo que Delmas – Marty considera como un derecho universal supraestatal. En este sentido autores como Catherine Maia y, especialmente, Antônio Augusto Cançado Trindade se ubican en esta visión del derecho.⁵

En efecto, Maia considera que “el *jus cogens* desarrolla sus efectos a la vez sobre un plano horizontal y sobre uno vertical ... Sobre el plano horizontal, genera obligaciones *erga omnes* hacia la colectividad de Estados que deben cooperar para corregir las violaciones de derechos humanos ... sobre un plano vertical, la primacía de las normas imperativas prohíbe la adopción de leyes de auto amnistía, exige medidas positivas para investigar sobre las violaciones y sancionar a los autores, impone incriminar los comportamientos que no están conformes”⁶

En este mismo sentido, el juez A.A. Cançado Trindade sostuvo que:

“... podemos considerar tales obligaciones *erga omnes* desde *dos dimensiones, una horizontal y otra vertical*, que se complementan. Así, las obligaciones *erga omnes* de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan ellas todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (obligaciones *erga omnes partes*), y, en el ámbito del derecho internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no Partes en aquellos tratados (obligaciones *erga omnes lato sensu*). En una dimensión vertical, las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones inter-individuales).”⁷

El mismo Cançado Trindade insistió posteriormente en su Voto Razonado en el caso de la *Masacre de Mapiripán* al afirmar que:

“En realidad, la doctrina jurídica contemporánea, al abordar las obligaciones *erga omnes*, se ha centrado casi que exclusivamente en

la dimensión horizontal, olvidándose de distinguirla de la otra dimensión, la vertical, y descuidándose enteramente de esta última. Los hechos del presente caso de la Masacre de Mapiripán han revelado la apremiante necesidad de dedicar mayor atención a la dimensión que me permito denominar de vertical de las obligaciones *erga omnes* de protección.”⁸

En una posición crítica sobre el alcance del *jus cogens* como una verticalización del derecho internacional, encontramos a Martti Kokkenniemi que sostiene que un *jus cogens* que esté por encima de los Estados de forma no consensual no existe; se trata de una figura que asciende, no desciende, de forma consensuada, es decir, por mutuo acuerdo (expreso o tácito) de los Estados. De no ser así cae en una utopía indemostrable en la medida que se trata de un visión puramente subjetiva, es decir caería más en opiniones políticas o en moralidad, no en una norma con carácter vinculante.”⁹

De acuerdo con lo anterior, nos podemos dar cuenta que las posiciones sobre la verticalización del derecho relativo a los Derechos Humanos es generalmente aceptada por la doctrina hoy en día, a pesar de las diferentes aproximaciones que puedan tener autores como Koskenniemi por un lado y Cançado Trindade por el otro.

A pesar de lo anterior, esa evolución del derecho internacional bajo la perspectiva de los derechos humanos dio pie para que los tribunales internacionales en general, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en especial, plasmaran una nueva visión de las normas y principios que regulan lo relativo a la protección, promoción y divulgación de los derechos humanos.

Es en este sentido, de acuerdo con lo señalado por Catherine Maia,¹⁰ podemos afirmar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en especial bajo la ideología del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, desarrolla de forma sin igual el concepto de *jus cogens*, dándole pleno desarrollo a esa visión vertical del derecho internacional.

Por lo anterior, nos centraremos en el presente escrito en demostrar como la Corte Interamericana de Derechos Humanos llevó todo ese desarrollo teórico a la práctica en los últimos años del siglo XX y, sobre todo, en la primera década del siglo XXI. Con esta visión, quedaron marcados los principios filosóficos que debe seguir la Corte en el siglo XXI dejando en claro que los horrores cometidos por los diferentes regímenes políticos de América Latina, de derecha y de izquierda, no quedarán en la impunidad y este cambio se logra gracias a la evolución del concepto de *jus cogens*.

III. EL CONCEPTO DE *JUS COGENS* DE ACUERDO CON LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

Ahora bien, tal y como tuvimos la oportunidad de desarrollar este punto con anterioridad,¹¹ la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969 finalmente incluyó el concepto de normas imperativas o de *jus cogens* en los siguientes términos:

Artículo 53: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."

Artículo 64: "Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará."

De acuerdo con lo anterior, debemos entender por norma de *jus cogens* aquellas que cumplen con los siguientes elementos: 1) debe ser aceptada por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto; 2) es una norma que no acepta acuerdo en contrario; 3) sólo puede ser modificada por otra norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Así mismo, en caso de contradicción entre una norma de *jus cogens* y otra norma, la consecuencia será la nulidad de esta última que puede presentarse bajo dos aspectos diferentes: a) una nueva norma de *jus cogens* conllevará a la nulidad de todo tratado existente que sea contrario a esta nueva norma imperativa; b) todo tratado que sea contrario a una norma de *jus cogens* en vigor será nulo *ab initio*.

Como consecuencia de lo anterior, es claro que para poder modificar una norma de *jus cogens* se requiere una nueva norma que tenga el mismo valor. Es decir que solo puede ser modificada por una norma que tenga la misma jerarquía y, obviamente, que la Comunidad Internacional de Estados la haya aceptado como tal.

IV. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, teniendo en cuenta los parámetros señalados por la CVDT, pasaremos a analizar la evolución que el concepto de *jus cogens* ha tenido en el seno de la Corte Interamericana. La primera vez que se hace referencia al *jus cogens* en las decisiones de la Corte es en 1993 en el caso *Aloeboetoe c. Surinam* en el que la Corte declara la nulidad de un "tratado" celebrado en 1762 en los siguientes términos:

"La Corte no considera necesario investigar si dicho convenio es un tratado internacional. Sólo se limita a observar que si así hubiera sido, el tratado hoy sería nulo por ser contrario a reglas de *jus cogens superveniens*. En efecto, en ese convenio los saramacas se obligan, entre otras cosas, a capturar los esclavos que hayan desertado, a hacerlos prisioneros y a devolverlos al Gobernador de Suriname, quien les pagará entre 10 y 50 florines por cada uno, según la distancia del lugar de su captura. Otro artículo faculta a los saramacas a vender a los holandeses, en calidad de esclavos, otros prisioneros que pudieren capturar. Un convenio de esta índole no puede ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos."¹²

Es curioso que sea en estos casos en los que el jurista brasileño Antônio Augusto Cançado Trindade está por primera vez como juez en la Corte, al haber sido nombrado como su juez *ad hoc* por el Estado de Suriname,¹³ esto en la medida que es él quien más ha insistido en desarrollar este concepto.

En 1996, la Corte vuelve a hacer referencia al *jus cogens* en un Voto Razonado nuevamente del jurista brasileño, ya como Juez de la Corte, en el caso *Blake c. Guatemala*. Aquí señala que en casos de desaparición forzada "figuran, entre los derechos conexos, derechos fundamentales *inderogables*, lo que, a mi modo de ver, sitúa la prohibición de aquel delito en el dominio del *jus cogens*, de las normas imperativas del derecho internacional general."¹⁴ En cuanto al derecho de los tratados, el Juez Cançado Trindade señala en el mismo Voto Razonado que:

"El gran reto que se vislumbra en el horizonte consiste, a mi modo de ver, en seguir avanzando resueltamente hacia la gradual humanización del derecho de los tratados (proceso

ya iniciado con la emergencia del concepto de *jus cogens*), por persistir este capítulo del derecho internacional todavía fuertemente impregnado del voluntarismo estatal y de un peso indebido atribuido a las formas y manifestaciones del consentimiento."¹⁵

En la decisión sobre el fondo del asunto en el caso *Blake*, Cançado Trindade desarrolla el concepto de "ilegalidad objetiva", afirmando que el concepto de *jus cogens* establecido en las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y de 1986, respectivamente, debe ir más allá de unas violaciones convencionales y en consecuencia puede haber violación del *jus cogens* partiendo de cualquiera de las fuentes del derecho internacional. Afirma, además, que: - "A la responsabilidad internacional *objetiva* de los Estados corresponde necesariamente la noción de *ilegalidad objetiva* (uno de los elementos subyacentes al concepto de *jus cogens*)."¹⁶

No deja de llamar la atención que el Juez Cançado Trindade, en su Voto Razonado relativo al fondo del asunto en el caso *Blake*, manifieste que hay un "*terra nova* del *jus cogens*"¹⁷ cuando se ha venido hablando de este concepto desde los años 50 en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.¹⁸ En este sentido creemos que hace referencia a que este concepto sea incluido en temas de derechos humanos dejando de ser un concepto exclusivo del derecho de los tratados. Posteriormente, nuevamente Cançado Trindade se pronuncia en lo relativo a las normas imperativas en su Voto Razonado en el caso *Trujillo Oroza c. Bolivia* de 2002 retomando su voto razonado en el caso *Blake* relativo al fondo del asunto.¹⁹

En el caso *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos*, la Corte sostuvo que la reservas hechas a un tratado y que suspenda un derecho inderogable será considerada como contraria al objeto y fin del tratado.²⁰ En este sentido, la reserva formulada por México relativa a la posibilidad que un delito de desaparición forzada cometido por un Militar en Servicio sea conocido por el fuero de guerra fue considerada como inválida.²¹ Hoy en día la jurisprudencia de la Corte en lo relativo al concepto de *jus cogens* es tan abundante, que haremos un breve análisis de cada uno de los derechos que, de una forma u otra, la Corte de San José ha considerado como normas con un carácter imperativo.

a) Esclavitud

Como ya se mencionó es en el caso *Aloeboetoe c. Surinam* de 1993 que la Corte hace referencia por primera vez al concepto de *jus cogens*.

Es interesante ver cómo, independientemente de si el acuerdo de devolución de esclavos así como la venta de nuevos esclavos celebrado entre los Países Bajos y los Saramacas fue un acuerdo válido en el S. XVIII, a la luz de finales del S. XX ya no puede ser considerado un tratado válido. En este sentido la Corte invoca el artículo 64 de la CVDT en el que se declara la nulidad de dicho acuerdo como consecuencia de un desarrollo progresivo del derecho internacional al ser contrario a una nueva norma de carácter imperativo, configurándose así un *jus cogens superveniens*, como ya se mencionó con anterioridad.²²

b) Derecho Internacional Humanitario (DIH)

Desde 1997, el Juez Cançado Trindade empezó a hacer referencia al carácter especial de la lucha contra el genocidio afirmando que la Corte Internacional de Justicia – CIJ preanunció el "advenimiento del concepto de *jus cogens*."²³ Este fue un primer paso que se dio en la Corte Interamericana en lo relativo al DIH.

No fue sino hasta el año 2004 que el mismo Cançado Trindade, en un Voto Disidente, volvió a hacer referencia al DIH. En esta ocasión, sostuvo que:

"El carácter imperativo del artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario ha recibido reconocimiento judicial.²⁴ A mi juicio, esta disposición, juntamente con las referentes a las garantías fundamentales de los Protocolos Adicionales I (artículo 75) y II (artículos 4-6) de 1977 a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario, sumadas a las disposiciones referentes a los derechos inderogables de los tratados de derechos humanos como la Convención Americana, pertenecen en nuestros días al dominio del *jus cogens* internacional. Esto es *per se* suficiente para desestimar por manifiestamente improcedente la referida excepción de "*incompetencia ratione materiae*."²⁵

Finalmente, es en el año 2005, en el Caso de la *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, en el que la Corte finalmente se pronuncia en el *obiter dicta* en lo relativo al DIH. En efecto, la Corte señala su carencia de competencia para determinar la responsabilidad de un Estado que haya actuado en contra del DIH. Sin embargo afirma que estas normas son útiles a modo interpretativo en relación con la Convención Americana; además

señala en forma clara que para la Corte Constitucional Colombiana las normas del DIH son de *jus cogens*²⁶ ya que hacen parte del “bloque de constitucionalidad.”²⁷ De acuerdo con lo anterior, podemos ver como la Corte sentó su posición en lo relativo al DIH del cual solo puede conocer a modo interpretativo ya que carece de competencia para conocer y determinar la responsabilidad de un Estado con base en estos derechos.

c) Crímenes de Lesa Humanidad

Con relación a este tipo de crímenes, la Corte empezó a hacer referencia a ellos desde el año 2006 en el caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*. En este caso sostuvo que “la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *jus cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.”²⁸ Además, agregó que la imprescriptibilidad de estos crímenes también son una norma de *jus cogens*.²⁹

Con relación a este caso, es interesante ver como la Corte, de acuerdo con lo sostenido por Laurence Burgorgue-Larsen y Amaya Ubeda, al determinar que la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad son de *jus cogens* está determinando al mismo tiempo que las leyes de amnistía a favor de quienes cometieron crímenes de este tipo serán nulos *ab initio*.³⁰ Con posterioridad, pero en el mismo año, la Corte se vuelve a pronunciar en lo relativo a los crímenes de lesa humanidad. En esta ocasión lo hace en los casos contra Perú. En el caso del *Penal Miguel Castro Castro* hace referencia al conflicto entre grupo armados y la policía y el ejército. De estos enfrentamientos la Corte señaló que las violaciones graves de derechos humanos que se den en este contexto “infringen el *jus cogens*”. De estos delitos graves la Corte enuncia la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas.³¹

La Corte continuó afirmando, en el caso *La Cantuta c. Perú*, como ya lo había dicho en el caso *Almonacid Arellano*, que

“[...] Los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen

la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad³² claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.”³³

De lo anterior, podemos ver como la Corte ha considerado que los crímenes de lesa humanidad tienen carácter de *jus cogens*.

d) Derecho a la Vida

Es claro que la mayoría de los casos ante la Corte conllevan este derecho, sin embargo aquí nos referiremos solamente a aquellos en los que se habla de vida en forma específica. En este sentido, el primer paso lo da en el caso *Villagrán Morales c. Guatemala*, cuando sostuvo que “[e]l derecho a la vida es inderogable.”³⁴ Sin embargo, en este caso no es claro si está identificando la palabra “inderogable” con el *jus cogens* en la medida que En la versión en inglés se hace referencia a “annulled” en lugar de “inderogable”³⁵; el término en inglés hace referencia a anular o suprimir, conceptos que son bien diferentes al alcance que tiene el concepto de *jus cogens*.

Vale la pena recalcar que la Comisión en sus alegatos “destacó las características de *jus cogens* del derecho a la vida y el hecho de que constituye la base esencial del ejercicio de los demás derechos.”³⁶ Esto lo sostuvo nuevamente en el año 2005 en el caso *Huilca Tecse c. Perú*.³⁷ Finalmente, en cuanto al derecho a la vida en sí mismo, la Corte, en jurisprudencia reiterada, ha sostenido que “este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes.”³⁸

Por otro lado, en lo relativo a la pena de muerte, en el caso *Dacosta Cadogan c. Barbados*, el Estado sostuvo que de los diferentes documentos que hacen parte del proceso, no se logra probar que hay una “norma de derecho internacional que prohíba (sic) tanto la imposición judicial de la pena de muerte como la ejecución de una persona que sufre un desorden mental significativo”, o que dicha norma tenga status de *jus cogens*.³⁹ Lo relativo a la pena de muerte no es claro en cuanto a su alcance como norma de *jus cogens*. En este sentido el juez García Ramírez sostuvo que

“... los buenos signos que se abren paso en el horizonte de la legislación nacional sobre la pena capital. Obviamente, el punto de llega-

da debiera ser la supresión total y definitiva de esta sanción, que muchas personas – a las que me sumo – han considerado y consideran en sí misma ilícita, además de probadamente ineficaz para alcanzar el objetivo que nominalmente se propone: reducción de la criminalidad. Debiera llegar el día en que un gran consenso universal – que por ahora no parece cercano – establezca la proscrición de la pena capital en el marco del *jus cogens*, como ha sucedido ya con la tortura.⁴⁰

De acuerdo con lo esbozado con relación al derecho a la vida, es necesario verlo bajo dos perspectivas diferentes. Por un lado para la Corte el derecho a la vida tiene el carácter de *jus cogens*. Sin embargo, bajo la perspectiva de la pena de muerte, es claro que la vida no goza de tal carácter de imperatividad. Es claro, como lo insinúa el juez García Ramírez, que gracias a que una de las características del derecho internacional es que goza de un desarrollo progresivo y en consecuencia espera que un futuro cercano quede abolida la pena de muerte en todos aquellos Estados que aun la tienen en su legislación para que así el derecho a la vida bajo todas las opciones tenga un carácter de *jus cogens*.

e) Integridad Personal

En este punto analizaremos en forma separada lo que la Corte ha dicho en relación la tortura y a los tratos crueles inhumanos y degradantes.

- Tortura

En el caso *Barrios Altos c. Perú* la Corte se aproxima al concepto de *jus cogens* con relación a la tortura. Sin embargo lo hace sin hacer una referencia expresa a dicho concepto y prefiere hacer uso de la palabra “inderogable”. Sin embargo el Juez Cançado Trindade si hace referencia a ello en su voto concurrente.⁴¹

Desde el caso *Maritza Urrutia c. Guatemala*⁴² en el año 2003, hasta los casos *Cabrera García y Montiel Flores c. México*⁴³ en el año 2010 y *Fleury y otros c. Haití*⁴⁴ en el año 2011, la Corte ha sido clara y ha mantenido una misma línea en su jurisprudencia al considerar que la Tortura es contraria al *jus cogens*. Agrega que ni siquiera en las situaciones más difíciles, como la lucha contra el terrorismo se puede justificar este delito. En este sentido la Corte empezó diciendo que:

“Se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicoló-

gica, y respecto a esta última, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada `tortura psicológica`.⁴⁵ La prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas, pertenece hoy día al dominio de *jus cogens* internacional.”⁴⁶

Posteriormente, amplió el espectro de las diferentes opciones en las que a pesar de las dificultades que pueda estar pasando el Estado no es viable cometer este tipo de actos y señaló:

“Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del *jus cogens*. La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.”⁴⁷

Es curioso que a pesar de que el párrafo anterior se repite en la jurisprudencia de la Corte, en el caso *De la Cruz Flores*, donde se repite en términos generales el párrafo, no se hace referencia al *jus cogens* en forma expresa.⁴⁸ En el caso del *Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, dadas las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, la Corte determinó que las muertes y las torturas se enmarcan como crimen de lesa humanidad; así mismo reitera el carácter de *jus cogens* de la tortura.⁴⁹ En el caso *Buenos Alves c. Argentina*, es interesante ver como la Corte logra decantar su abundante jurisprudencia sobre este tema y logra extraer los elementos constitutivos de la Tortura y señalando que se requieren tres elementos para que se configure la tortura, estos son: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito.

Sin embargo, en el caso *González y Otras (“Campo Algodonero”) c. México*, la Jueza Cecilia Medina Quiroga, en su Voto Razonado, hace un análisis de los elementos de la Tortura de acuerdo con los parámetros de la Corte Penal para la Antigua Yugoslavia – TPIY que los divide en tres que hacen parte del *jus cogens* y otros tres que no lo son. En este sentido se señala que: i) el sufrimiento o dolor severos, físicos o mentales, ya sea por

acción u omisión; ii) la intencionalidad del acto y iii) la motivación o fin del acto para conseguir algo tienen carácter imperativo; mientras que i) la lista de motivaciones por las cuales el acto se comete; ii) la necesidad de que el acto se cometa en conexión con un conflicto armado; y iii) el requisito de que el acto sea perpetrado o sea instigado por un agente del Estado o se realice con su consentimiento o aquiescencia no hacen parte del *jus cogens*.

En este sentido, la jueza Medina hace la presente comparación para determinar si la Corte debe aplicar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura - CIPST o la Convención contra la Tortura. Sin embargo concluye que lo que se debe aplicar como definición y alcance es el *jus cogens* por ser más garantista. Como el CIPST permite que haya *lex specialis* y al ser más garantista la norma inderogable, no hay problema. Es más, al estar consagrada la excepción de *lex specialis*, lo que se aplica es la CIPST misma al aplicar el *jus cogens* por ser más garantista.⁵⁰

- **Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes**

Si bien la tortura y los tratos o penas crueles inhumanos y degradantes generalmente han evolucionado de manera conjunta, decidimos separarlos en el presente trabajo para determinar si hay alguna diferencia entre ellos bajo la perspectiva del desarrollo progresivo del derecho internacional. Para la Corte es claro, tal y como ocurre con la tortura, que estos tratos hacen parte de las normas de *jus cogens*. En términos generales, la Corte ha sido constante conceptualmente hablando en lo relativo a este delito y en este sentido podemos identificar cuatro bloques de decisiones.

En primer lugar, podemos citar el caso *Caesar* del año 2005. En este se hace referencia a normas perentorias⁵¹ y unos párrafos más adelante los identifica como de *jus cogens* en forma directa⁵²; es decir, en la misma sentencia identifica los dos conceptos.⁵³ En segundo lugar, tenemos los casos *Ximenes López* y *la Masacre de la Rochela* en los que la Corte hace una referencia clara y expresa a que los tratos crueles, inhumanos o degradantes “pertenecen hoy día al dominio del *jus cogens*.”⁵⁴

En tercer lugar, tenemos los casos *Montero Aranguren*, *Servellón García* y el conocido como “*Campo Algodonero*” en los que la Corte hace referencia a estos tratos como derechos que “forman parte del núcleo inderogable”⁵⁵ en la medida que no puede ser suspendido en ningún momento. En el caso *Montero Aranguren* señala que no pueden ser suspendidos “en casos de guerra, peligro pú-

blico u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes. En tal sentido, los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano.”⁵⁶

Finalmente, en el caso de *La Masacre de las Dos Erres*, la Corte une los dos conceptos y afirma que estos tratos “contravienen normas inderogables (*jus cogens*)”. Este caso es interesante en la medida en que se incluye de manera expresa, como un hecho grave contra la integridad personal, la violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos. Además, como lo veremos más adelante, señala que la violación de estas obligaciones “generan obligaciones para los Estados como la de investigar y sancionar dichas prácticas.”⁵⁷

De acuerdo con lo anterior, es claro que la Corte aprovechó los dos conceptos para desarrollar, a su vez, el de *jus cogens*; sin embargo, no hay duda en que la diferencia que maneja la Corte entre la tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes es cada vez más tenue. En este sentido, vale la pena hacer referencia al caso *Familia Barrios c. Venezuela* del 24 de noviembre de 2011, en el que la Corte señaló de forma conjunta que tanto la tortura como los tratos crueles, inhumanos y degradantes son “hoy en día del dominio del *jus cogens*.”⁵⁸

f) **Desaparición Forzada**

El caso de la desaparición forzada de personas es uno de esos crímenes que llevó a la Corte a incorporar en sus decisiones el concepto de *jus cogens*. En efecto, desde 1996 en el caso *Blake*, el Juez Cançado Trindade sostuvo que las normas de protección contra la desaparición forzada eran normas inderogables, imperativas y de *jus cogens*⁵⁹; sin embargo la Corte no incluyó el concepto en su *obiter dictum*. Fue necesario esperar el caso *Barrios Altos* en el año 2001, para que la Corte manifestase en su decisión que “hay violaciones graves de derechos humanos tales como... las desapariciones forzadas, ... prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”⁶⁰

Es curioso como no se hace referencia expresa al término *jus cogens*, se habla de normas inderogables, a pesar de la insistencia del Juez Cançado Trindade en sus Votos Razonados en el sentido que este delito ya hacía parte del dominio del *jus cogens*⁶¹ o de la “*terra nova* del *jus cogens*.”⁶² No es sino en el caso *Zambrano Vélez* en el año 2007

que la Corte vuelve a referirse hacia la desaparición forzada como norma inderogable.⁶³

En el caso de las *Hermanas Serrano Cruz* en el año 2004, los representantes de las presuntas víctimas invocaron el carácter de *ius cogens* de las desapariciones forzadas en los siguientes términos:

“El delito de desaparición forzada vulnera derechos fundamentales inderogables, por lo que “constituye una afrenta a la humanidad [... Este tipo de hechos [se ubican] en el plano internacional del *jus cogens*”. Por lo tanto, una reserva destinada a restringir la competencia temporal de la Corte en casos tan graves es contraria al objeto y fin de la Convención, debido a que impide la protección internacional.”⁶⁴

Es interesante ver cómo a pesar de haber dicho en el caso *Barrios Altos* en el año 2001 que las desapariciones forzadas contravienen derechos inderogables,⁶⁵ en este caso la Corte no hace referencia ni a la inderogabilidad, ni al eventual carácter de *ius cogens* que puedan tener las normas que buscan evitar que se cometan estos delitos.

No es sino hasta el año 2006, diez años después del Voto Razonado del Juez Cançado Trindade en el caso *Blake*, que la Corte sostiene que la prohibición de la desaparición forzada ha alcanzado el carácter de *ius cogens*.⁶⁶ En efecto, en el caso *Goiburú* hizo referencia, por primera vez, a que “tiene carácter de normas inderogables de derecho internacional o *jus cogens*.”⁶⁷ Es interesante ver como en este caso la Corte señala que las normas de *ius cogens* son inderogables, concepto con al que haremos referencia más adelante.

En los demás casos relativos a desapariciones forzadas, la Corte se inclina por afirmar que se trata de normas de *ius cogens*. No hace referencia a que sean imperativas o inderogables. En este sentido tenemos los casos de *La Cantuta*, *Anzualdo Castro*, *Radilla Pacheco*, *Chitay Nech*, *Gomes Lund* y *Gelman*⁶⁸ en los que la corte ha dicho que:

“La práctica de desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*.”

Esta desaparición forzada constituye, por la naturaleza de los derechos lesionados, una violación de una norma *jus cogens*, especialmente grave por haber acontecido como parte de una práctica sistemática de “terrorismo de Estado” a nivel inter-estatal.”⁶⁹

De acuerdo con lo anterior, es claro que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la prohibición de la Desaparición Forzada es una norma que tiene el carácter de *ius cogens*, a pesar del tiempo que le tomó incluirlo de forma clara y directa en un *obiter dictum*, tal y como queda claro en el caso *González Medina y familiares c. República Dominicana* del año 2012.⁷⁰

g) Garantías Judiciales “Inderogables”

En cuanto a las garantías judiciales la Corte ha sido parca, solamente se ha pronunciado al respecto en el caso *Durand y Ugarte c. Perú*. En este caso la Comisión sostuvo que el *hábeas corpus* y el amparo eran derechos inderogables; mientras que la Corte sostuvo que en efecto el *hábeas corpus* tenía tal carácter, pero no se pronunció en lo relativo al derecho de amparo.⁷¹ En consecuencia debemos concluir que la Corte no considera este derecho como teniendo tal carácter.

h) Ejecuciones Extrajudiciales

En lo relativo a las ejecuciones sumarias o extrajudiciales, la Corte ha tenido un patrón constante en lo relativo a que se trata de normas de *ius cogens* desde el año 2004. Con anterioridad sostuvo en el 2001, en el caso *Barrios Altos* que se trata de normas inderogables;⁷² calificación que repite nuevamente en el año 2007 en el caso *Zambrano Vélez*.⁷³ Es claro hoy en día que la Corte, como ya se ha dicho, identifica el concepto de inderogabilidad con el de *ius cogens*.

En los casos de los *Hermanos Gómez Paquiyauri* en el 2004 y *Huilca Tecse* del 2005, la Corte sostuvo con relación a las ejecuciones extrajudiciales que:

“Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existe un patrón de violaciones a los derechos humanos, entre ellas ejecuciones extrajudiciales impulsadas o toleradas por el Estado, contrarias al *jus cogens*, se genera un clima incompatible con una efectiva protección del derecho a la vida. Este Tribunal ha establecido que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los derechos carecen de sentido. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.”⁷⁴

análisis más profundo sobre la práctica estatal en cuanto a la pérdida de la nacionalidad. En consecuencia es claro que la norma, de acuerdo con lo expresado por la Corte, es inderogable pero no demuestra que no haya pérdida de la nacionalidad y que haya casos de apatridia. Así mismo, si bien la Corte identifica la palabra “inderogable” con el *ius cogens*, a nuestro modo de ver se trata de una de las características de las normas imperativas de acuerdo con el artículo 53 de la CVDT. En consecuencia no es claro que la Corte haya querido manifestar es que se trata de normas de *ius cogens*.⁸⁹

k) Deber de Investigar y Sancionar.

El otorgarle el carácter de *ius cogens* al deber de investigar y sancionar es relativamente reciente. En efecto, la primera vez que la Corte se refiere a este principio en esos términos es en el caso *Goiburú* en el año 2006 cuando afirma que hay delitos que ante su particular gravedad hayan hecho que el correlativo deber de investigar y sancionar a sus responsables haya alcanzado el carácter de *ius cogens*.⁹⁰

A pesar del entusiasmo que generó en algunos autores⁹¹, el párrafo 84 de la sentencia en el caso *Goiburú*, dos meses después de ese fallo, la Corte cambia la fórmula lingüística y señala en el caso del *Penal Castro Castro* que “la penalización de estos crímenes es *obligatoria* conforme al derecho internacional general”⁹² (las cursivas son nuestras). En este sentido, no se entiende como en un caso posterior en el que la Corte determinó que se cometieron crímenes de lesa humanidad, el deber de investigar y sancionar haya dejado de ser norma de *ius cogens*. Esto en la medida en que el ser obligatorio no significa que sea de *ius cogens*, ya que todas las normas son de obligatorio cumplimiento y no por esto el “derecho” es, o se convierte, en una norma con el carácter de *ius cogens*. Ahora bien, aun más extraño es el hecho que cuatro días después, el 29 de noviembre, en el caso *la Cantuta*, el deber de investigar vuelve a ser considerado por la Corte como norma imperativa, además se le agrega, por primera vez, el deber de sancionar también con el carácter de *ius cogens*.⁹³

En el año 2007, la Corte frena nuevamente el impulso con relación al carácter de estos deberes. En el caso *Bueno Alves* se limita a decir que “el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional.”⁹⁴ Varias cosas se desprenden de esta frase. En primer lugar nos llama la atención el hecho que no se haga referencia al deber de sancionar que ya había sido incluido como norma de *ius cogens*;⁹⁵ en segundo

lugar la referencia que se hace a que la imperatividad del mencionado deber de investigar se derive del derecho internacional y que esta afirmación no tenga sustento alguno que la acompañe.

En este mismo caso, se afirma que el “incumplimiento [de la obligación de investigar] acarrea la responsabilidad del Estado.”⁹⁶ Al respecto consideramos que la responsabilidad del Estado se da cuando se configura el incumplimiento de una norma de derecho internacional y que este sea atribuible a un Estado.⁹⁷ En consecuencia, si todo incumplimiento de una norma internacional conlleva la responsabilidad, es claro que no por esto se puede concluir que se trate de una norma tenga el carácter de *ius cogens*. A partir del año 2009, la Corte precisa el alcance que le quiere dar a estos deberes de los Estados y en el caso *Perozo y otros*, advierte que “La obligación de investigar “adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados”, incluso hasta alcanzar esa obligación, en algunos casos, el carácter de *ius cogens*.”⁹⁸

De lo anterior, se desprende claramente que, para la Corte, el deber de investigar y sancionar tiene carácter de *ius cogens* cuando el delito cometido tiene a su vez ese carácter. En este sentido es extraño que haya una norma que sólo en ocasiones tenga el carácter de imperativo. Esto es contradictorio con el concepto mismo plasmado en el artículo 53 de la CVDT que hace referencia a una norma de derecho internacional general, es decir que no puede tratarse de una característica que no tenga vocación de permanencia, como es el caso que nos propone la Corte en el actual punto de análisis.

En el caso de la *Masacre de las Dos Erres c. Guatemala*, en el que la Corte hace especial énfasis en la perspectiva de violencia sexual del asunto, es curioso que no se hace referencia expresa a que esta obligación sea de *ius cogens*. Lo anterior en la medida que no usa la fórmula “y la correspondiente obligación de...”. Sin embargo, al hablar de la inderogabilidad de los derechos violados hace referencia al párrafo 131 de la sentencia del caso *Goiburú y otros c. Paraguay* en el que la Corte si hace referencia al carácter imperativo del acceso a la justicia. En este sentido, cabe preguntarse si la Corte está equiparando el deber de investigar con el acceso a la justicia?

En términos generales, la Corte ha argumentado que el deber de investigar y sancionar tiene el carácter de *ius cogens* haciendo uso del mismo giro lingüístico en los siguientes términos:

labras que la Corte ha usado como sinónimos de normas imperativas o de *ius cogens*. En este sentido nos referiremos a los casos *López Mendoza c. Venezuela* y *Fontevicchia y D'Amico c. Argentina* del año 2011 y el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador* del año 2012. En el primer caso, *López Mendoza*, la Corte hizo sostuvo que “la lucha contra la corrupción y la protección del erario público” como una obligación estatal de “interés público imperativo.”¹⁰⁹ Si bien consideramos importante hacer referencia a esta decisión, no creemos que la Corte esté haciendo referencia a una norma de *ius cogens*. El hecho que se haga referencia a lo “imperativo”, palabra que ha sido utilizada por la Corte como sinónimo de *ius cogens* y tal y como se encuentra en la redacción del artículo 53 de la CVDT, quiere decir que se hace referencia a una obligación del Estado, pero no específicamente a una norma imperativa como tal.

En el segundo caso, *Fontevicchia y D'Amico*, la Corte hace referencia a “una necesidad social imperiosa” con relación a la libertad de expresión. El análisis lo retoma la Corte de la Opinión Consultiva no. 5/85¹¹⁰ en la que la Corte analizó varias decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos.¹¹¹ Nuevamente, no creemos que en este caso la Corte esté haciendo referencia a una norma de carácter imperativo, como tampoco lo hizo la Corte Europea, en los casos citados, cuando hizo referencia a un interés público imperativo.

El tercer caso es el *Díaz Peña* del 26 de junio de 2012.¹¹² Aquí el Juez Vio Grossi, en su Voto Disidente, sostiene que las normas convencionales “conllevan un mandato imperativo”. A nuestro modo de ver es claro que hace referencia a una generalidad de las normas jurídicas que por el simple de hecho de serlo deben ser cumplidas por los sujetos a los que están dirigidas. En consecuencia, no puede entenderse aquí el uso de la palabra “imperativo” como sinónimo de *ius cogens*, ya que estas son de carácter especial y no general.

En el cuarto, y último, caso de análisis de la presente parte, el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, en su decisión la Corte sostuvo que la obligación que tienen los Estados de investigar “se desprende de las normas convencionales de derecho internacional, *imperativas* para los Estados parte”¹¹³ [las itálicas son nuestras]. Como ya lo hemos manifestado, en este caso tampoco creemos que la Corte esté haciendo referencia a normas de *ius cogens*. De hacerlo, básicamente estaría convirtiendo todo el derecho internacional en imperativo, cuando el concepto mismo de normas imperativas busca que sólo sean unas pocas normas que gozan de este especial carácter.

VI. LAS DIFERENTES ACEPCIONES USADAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS PARA REFERIRSE AL CONCEPTO DE *JUS COGENS*

Tal y como se ha podido constatar en el desarrollo del presente artículo, muchas son las acepciones que ha utilizado la Corte para referirse al *ius cogens* o para justificar que una norma tiene tal carácter. A continuación las enunciaremos en orden a mostrar cómo hay una carencia de precisión terminológica por parte de la Corte en lo relativo a estas normas, lo que hace que sea muy difícil determinar claramente si efectivamente se habla de normas imperativas o no.

Esto lleva a confusión en la medida que, como en el caso *López Mendoza* se usa la palabra imperativo con un significado diferente al establecido en la CVDT como sinónimo de *ius cogens* que es el que ha retomado la Corte en la gran mayoría de sus decisiones. Esto, como ya lo dijimos, deja en el ambiente esa falta de precisión terminológica que conlleva a que haya falta de claridad con relación a lo que la Corte realmente considera como normas imperativa y lo que no considera como tal.

De acuerdo con lo anterior, hemos detectado que la Corte viene usando como sinónimos de *ius cogens* las siguientes palabras o frases: derecho imperativo, inderogable, interés público imperativo, *Jus cogens*, normas convencionales de derecho internacional imperativas, normas que no pueden ser suspendidas en ninguna circunstancia, obligación *erga omnes*, orden público, ratificado por los Estados y en consecuencia de obligatorio cumplimiento. Es interesante como la Corte no ha estado exenta de los problemas lingüísticos; en este sentido, en el caso *Villagrán Morales*, la versión en español hace referencia al concepto de “imperatividad”; mientras que en la versión inglesa se hace referencia a la palabra “annulled” que, como ya se indicó, conlleva un alcance totalmente diferente.¹¹⁴

VII. CONCLUSIONES

En primer lugar, es necesario señalar el valor y la fortaleza que ha tenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos para “sacudir” el sistema y lograr una mayor protección de los derechos humanos en el continente americano. En segundo lugar, creo importante señalar que, si la Corte insiste en considerar la obligación que tienen los Estados de investigar y sancionar, el derecho de

acceso a la justicia y la imprescriptibilidad como normas de *ius cogens*, debe hacerlo sustentando claramente la individualidad de cada uno de estos para así poder determinar claramente que efectivamente gozan de esa especial característica que es ser normas de *ius cogens*.

En tercer lugar, del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es claro que, para ella, hay una diferencia clara y profunda entre el derecho voluntarista entre los Estados consagrado en el artículo 53 y 64 de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969 y 1986) relativo a las normas imperativas o de *ius cogens*, y cuando se trata de normas que buscan proteger y promover los Derechos Humanos. Esta diferencia explica, según la Corte, que haya un decálogo diferente en lo relativo a las normas de *ius cogens* en la medida que el primero conforma el Derecho Internacional interestatal; mientras que el segundo conforma el Derecho Internacional universal.¹¹⁵

Así mismo, a pesar de lo anterior, coincidimos con Catherine Maia en el sentido que “debemos admitir que el reconocimiento de más y más derechos humanos imperativos por parte del juez interamericano no está acompañado de una explicación de su descubrimiento, esto a pesar de que la materialización del *ius cogens* se crea sobre una base objetiva” y continúa diciendo que “la jurisdicción interamericana afirma la existencia de derechos imperativos sin probarlos.”¹¹⁶ Finalmente, creemos que la ampliación desmesurada del concepto de normas de *ius cogens* puede conllevar un debilitamiento del concepto mismo, lo que a su vez acarrearía un debilitamiento del sistema de protección de derechos humanos.¹¹⁷ En consecuencia, la Corte debe seleccionar de forma precisa y clara aquellas normas que hacen parte de este cuerpo normativo que goza de esta característica especial de imperatividad.

NOTAS

1. Corten, Olivier; *Méthodologie du droit international public*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009, p. 23.
2. Corten, Olivier; *Méthodologie du droit international public*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009, p. 116.
3. Ver: Glennon, Michael J.; "De l'absurdité du droit impératif (*Jus cogens*)", *RGDIP*, tomo 110 No. 3, 2006, pp. 529 – 536.
4. Delmas – Marty, Mireille; *Les forces imaginantes du droit, Le Relatif et l'Universel*, Éditions du Seuil, Paris, 2004. p. 53.
5. Ver: Delmas – Marty, Mireille; *Les forces imaginantes du droit, Le Relatif et l'Universel*, Éditions du Seuil, Paris, 2004. p. 53; Maia, Catherine; "le *Jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme", *Le particularisme Interaméricain des droits de l'homme*, Hennebel, Ludovic y Tigroudja, Hélène (Eds.) Editions Pedone, Paris, 2009. p. 292; Cançado Trindade, Antônio Augusto; *International Law for Humankind, towards a New Jus Gentium*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2010, p. 317. Retomado de: Cançado Trindade, Antônio Augusto; "International Law for Humankind, towards a New Jus Gentium", *RCADI, Vols. 316-317*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2006, p. 353; y Quispe Remón, Florabel; "Ius Cogens en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso", *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 34, 2010, p. 60.
6. Maia, Catherine; "Le *Jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme", *Le particularisme Interaméricain des droits de l'homme*, Hennebel, Ludovic y Tigroudja, Hélène (Eds.) Editions Pedone, Paris, 2009, p. 292.
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Opinión Consultiva n. 18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 de septiembre de 2003. Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. p. 77.
8. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso de la *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. p. 26.
9. Koskeniemi, Martti; *From Apology to Utopia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 323.
10. Maia, Catherine; "le *Jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme", *Le particularisme Interaméricain des droits de l'homme*, Hennebel, Ludovic y Tigroudja, Hélène (Eds.) Editions Pedone, Paris, 2009. p. 293.
11. Ver: Abello – Galvis, Ricardo; "Introducción al estudio de las normas de *Jus cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional – CDI", *Revista Universitas*, Número 123, 2011. pp. 75 a 104; también publicado en: *Quaestiones Disputatae*, Vol. 2, Luis Fernando Álvarez Londoño (Comp.), Universidad Javeriana, 2012, pp. 273 – 307.
12. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Aloebotoe c. Surinam*, Sentencia del 10 de septiembre de 1993. p. 57.
13. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Aloebotoe c. Surinam*, Sentencia del 10 de septiembre de 1993. p. 57 y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Gangaram Panday c. Surinam*, Sentencia del 10 de septiembre de 1993. p. 6.
14. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Blake c. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 2 de julio de 1996, Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. p. 11.
15. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Blake c. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 2 de julio de 1996, Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. p. 14.
16. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Blake c. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 2 de julio de 1996, voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. pp. 23 a 25.
17. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Blake c. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 2 de julio de 1996, voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. pp. 23 a 25.
18. Ver: Abello – Galvis, Ricardo; "Introducción al estudio de las normas de *Jus cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional – CDI", *Revista Universitas*, Número 123, 2011. pp. 75 a 104; también publicado en: *Quaestio-*

- nes Disputatae*, Vol. 2, Luis Fernando Álvarez Londoño (Comp.), Universidad Javeriana, 2012, pp. 273 – 307.
19. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Trujillo Oroza c. Bolivia*, Sentencia de 27 de febrero de 2002, Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. p. 19.
 20. En este sentido es interesante comparar las posiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Internacional de Justicia en los que se analizó el tema de las reservas cuando éstas son contrarias a normas de *ius cogens*, tal como sucedió en los casos *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 31 parr. 64, así como la Opinión Disidente del Juez *ad hoc* Kreča en el caso *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999*, p. 962-966 parrs. 8-10; ver también: Thirlway, Hugh; "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Supplement, 2007: Parts Four, Five and Six", *BYIL*, Oxford, Clarendon Press, 2007, p. 48.
 21. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia del 23 de noviembre de 2009. pp. 307 a 312.
 22. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Aloebotoe c. Surinam*, Sentencia del 10 de septiembre de 1993. p. 57.
 23. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Opinión Consultiva n. 15/97, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Decisión del 14 de noviembre de 1997. Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade. p. 16.
 24. Caso *Nicaragua versus Estados Unidos*, *ICJ Reports* (1986) pp. 114-115, párrs. 220.
 25. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Hermanas Serrano Cruz c. Salvador*, Sentencia del 23 de noviembre de 2004. Voto Disidente del Juez A.A. Cançado Trindade. p. 40.
 26. Ver: Sentencia C-574/92. M.P. Ciro Angarita Barón; Sentencia No. C-225/95. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
 27. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso de la *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, Sentencia del 15 de septiembre de 2005. p. 115.
 28. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Sentencia del 26 de septiembre de 2006 p. 99.
 29. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Sentencia del 26 de septiembre de 2006 p. 153.
 30. Burgogue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya; *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 2008, p. 280.
 31. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso del *Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2006 pp. 203 y 402.
 32. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.
 33. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *La Cantuta c. Perú*, Sentencia del 29 de noviembre de 2006 p. 225.
 34. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Villagrán Morales c. Guatemala*, Sentencia del 19 de noviembre de 1999 p. 137.
 35. Maia, Catherine; "Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme", *Le particularisme Interaméricain des droits de l'homme*, Hennebel, Ludovic y Tigroudja, Hélène (Eds.) Editions Pedone, París, 2009. pp. 279 - 280.
 36. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Villagrán Morales c. Guatemala*, Sentencia del 19 de noviembre de 1999. p. 139.
 37. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Huilca Tecse c. Perú*, Sentencia del 3 de marzo de 2005. p. 65.
 38. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Montero Aranguren y otros ("Retén de Catia") c. Venezuela*, Sentencia del 5 de julio de 2006. p. 63. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Baldeón García c. Perú*, Sentencia del 6 de abril de 2006. p. 82. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Comunidad indígena Sawhoymaxa c. Paraguay*, Sentencia del 29 de marzo de 2006. p. 150. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso de la *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, Sentencia del 31 de enero de 2006. p. 119. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Zambrano Vélez y otros c. Ecuador*, Sentencia del 4 de julio de 2007. p. 78. Corte Interamericana de Derechos Humanos;

- Caso *González y otras* (“*Campo Algodonero*”) *c. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009. p. 244.
39. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Dacosta Cadogan c. Barbados*, Sentencia del 24 de septiembre de 2009. p. 38.
40. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Dacosta Cadogan c. Barbados*, Sentencia del 24 de septiembre de 2009. Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez. p. 5.
41. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Barrios Altos c. Perú*, Sentencia del 14 de marzo de 2001. p. 41.
42. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Maritza Urrutia c. Guatemala*, Sentencia del 27 de noviembre de 2003. p. 92.
43. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, Sentencia del 26 de noviembre de 2010. p. 192.
44. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Fleury y otros c. Haití*, Sentencia del 23 de noviembre de 2011. p. 70.
45. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Cantoral Benavides c. Perú*, Sentencia del 18 de agosto de 2000. p. 102.
46. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Maritza Urrutia c. Guatemala*, Sentencia del 27 de noviembre de 2003. p. 92. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, Sentencia del 8 de julio de 2004. p. 112. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Fermín Ramírez c. Guatemala*, Sentencia del 20 de junio de 2005. p. 117. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Servellón García y otros c. Honduras*, Sentencia del 21 de septiembre de 2006. p. 97. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso de la *Masacre de la Rochela c. Colombia*, Sentencia del 11 de mayo de 2007. p. 132.
47. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Tibi c. Ecuador*, Sentencia del 7 de septiembre de 2004. p. 143. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *De la Cruz Flores c. Perú*, Sentencia del 18 de noviembre de 2004. p. 125. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Lori Berenson Mejía c. Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2004. p. 100. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *García Asto y Ramírez Rojas c. Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2005. p. 222. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Baldeón García c. Perú*, Sentencia del 6 de abril de 2006. p. 117. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso del *Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2006. p. 271. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Buenos Alves c. Argentina*, Sentencia del 11 de mayo de 2007. p. 76. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Goiburú y otros c. Paraguay*, Sentencia del 22 de septiembre de 2006. p. 93. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Zambrano Vélez y otros c. Ecuador*, Sentencia del 4 de julio de 2007. p. 96. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso de la *Masacre de las Dos Erres c. Guatemala*, Sentencia del 24 de noviembre de 2009. p. 140.
48. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *De la Cruz Flores c. Perú*, Sentencia del 18 de noviembre de 2004. p. 125.
49. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso del *Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2006. p. 404.
50. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *González y otras* (“*Campo Algodonero*”) *c. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Voto Razonado de la Jueza Cecilia Medina Quiroga. pp. 15 y 16.
51. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Caesar c. Trinidad y Tobago*, Sentencia del 11 de marzo de 2005. p. 70.
52. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Caesar c. Trinidad y Tobago*, Sentencia del 11 de marzo de 2005. p. 100.
53. Ver parte V del presente artículo.
54. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Ximenes López c. Brasil*, Sentencia del 4 de julio de 2006. p. 126 y Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso de la *Masacre de la Rochela c. Colombia*, Sentencia del 11 de mayo de 2007. p. 132.
55. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Montero Aranguren y otros* (“*Retén del Catia*”) *c. Venezuela*, Sentencia del 5 de julio de 2006. p. 85. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Servellón García y otros c. Honduras*, Sentencia del 21 de septiembre de 2006. p. 97. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *González y otras* (“*Campo Algodonero*”) *c. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009. p. 244.
56. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Montero Aranguren y otros* (“*Retén del Ca-*

- tia”) c. *Venezuela*, Sentencia del 5 de julio de 2006. p. 85.
57. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso de la *Masacre de la Dos Erres c. Guatemala*, Sentencia del 24 de noviembre de 2009. p. 140.
58. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Familia Barrios c. Venezuela*, Sentencia del 24 de noviembre de 2011. p. 50.
59. Ver: parte IV del presente artículo.
60. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Barrios Altos c. Perú*, Sentencia del 14 de marzo de 2001. p. 41.
61. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Blake c. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 2 de julio de 1996, Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. p. 11.
62. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Blake c. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 2 de julio de 1996, Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. p. 15.
63. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Zambrano Vélez c. Ecuador*, Sentencia del 4 de julio de 2007. p. 96.
64. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso de las *Hermanas Serrano Cruz c. Salvador*, Excepciones Preliminares, Sentencia del 23 de noviembre de 2004. p. 56 b) ii).
65. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Barrios Altos c. Perú*, Sentencia del 14 de marzo de 2001. p. 41.
66. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Blake c. Guatemala*, Sentencia del 2 de julio de 1996, Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. p. 14.
67. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Goiburú y otros c. Paraguay*, Sentencia del 22 de septiembre de 2006. p. 93 y 128; En este sentido ver: Burgorgue-Larsen, Laurence y Ubeda de Torrea, Amaya; “La “guerra” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional – ACDI*, Vol. 3 Especial, 2010, p. 129.
68. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *La Cantuta c. Perú*, Sentencia del 29 de noviembre de 2006. p. 157. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Anzualdo Castro c. Perú*, Sentencia del 22 de septiembre de 2009. p. 59. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia del 23 de noviembre de 2009. p. 139. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Chitay Nech c. Guatemala*, Sentencia del 25 de mayo de 2010. p. 86. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) c. Brasil*, Sentencia del 24 de noviembre de 2010. p. 105. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Gelman c. Uruguay*, Sentencia del 24 de febrero de 2011. p. 75 y 99.
69. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Gelman c. Uruguay*, Sentencia del 24 de febrero de 2011. p. 75 y 99.
70. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *González Medina y familiares c. República Dominicana*, Sentencia del 27 de febrero de 2012. p. 130.
71. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Durand y Ugarte c. Perú*, Sentencia del 16 de agosto de 2000. p. 93 c) y 103.
72. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Barrios Altos c. Perú*, Sentencia del 14 de marzo de 2001. p. 41.
73. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Zambrano Vélez y otros c. Ecuador*, Sentencia del 4 de julio de 2007. p. 96.
74. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, Sentencia del 8 de julio de 2004. p. 128.
75. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso del *Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2006. p. 203.
76. Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Opinión Consultiva No. 18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados*, Decisión del 17 de septiembre de 2003. pp. 173 4) y 5).
77. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso del *Yatama c. Nicaragua*, Sentencia del 23 de junio de 2005. p. 184.
78. Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Opinión Consultiva n. 20/09, Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Decisión del 29 de septiembre de 2009. p. 54.
79. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso del *Atala Riffo y niñas c. Chile*, Sentencia del 24 de febrero de 2012. p. 79.
80. Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Opinión Consultiva n. 18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumen-*

- tados, Decisión del 17 de septiembre de 2003. pp. 173-4).
81. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso del *Yatama c. Nicaragua*, Sentencia del 23 de junio de 2005. p. 184.
 82. Ver: Abello-Galvis, Ricardo; "Introducción al estudio de las normas de *Jus cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional – CDI", *Revista Universitas*, Número 123, 2011. pp. 75 a 104; también publicado en: *Quaestiones Disputatae*, Vol. 2, Luis Fernando Álvarez Londoño (Comp.), Universidad Javeriana, 2012, pp. 273 – 307.
 83. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso del *Yatama c. Nicaragua*, Sentencia del 23 de junio de 2005. p. 184.
 84. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso de la *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, Sentencia del 15 de septiembre de 2005. p. 178.
 85. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso de las *Niñas Yean y Bossico c. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005. p. 141 y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *López Álvarez c. Honduras*, Sentencia del 1 de febrero de 2006. p. 170.
 86. Corte Internacional de Justicia, *Caso Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), segunda fase. Sentencia de 6 de abril de 1955. Corte Internacional de Justicia, ICJ Reports 1955, pág. 23.
 87. Ver: Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo XIX; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.3; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29, y Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 1.1.
 88. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso de las *Niñas Yean y Bossico c. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005. p. 136.
 89. Ver parte III del presente artículo.
 90. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Goiburú y otros c. Paraguay*, Sentencia del 22 de septiembre de 2006. p. 84.
 91. Ver: Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya; *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 2008, p. 343.
 92. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso del *Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2006. p. 402.
 93. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *La Cantuta c. Perú*, Sentencia del 29 de noviembre de 2006 p. 157.
 94. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Buenos Alves c. Argentina*, Sentencia del 11 de mayo de 2007 p. 90.
 95. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *La Cantuta c. Perú*, Sentencia del 29 de noviembre de 2006 p. 157.
 96. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Buenos Alves c. Argentina*, Sentencia del 11 de mayo de 2007 p. 90.
 97. Organización de las Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, A/RES/56/83, Asamblea General, 12 de diciembre de 2001. Art. 2.
 98. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Perozo y otros c. Venezuela*, Sentencia del 28 de enero de 2009 p. 298. En el mismo sentido: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Ríos y otros c. Venezuela*, Sentencia del 28 de enero de 2009 p. 283.
 99. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Perozo y otros c. Venezuela*, Sentencia del 28 de enero de 2009 p. 298. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Ríos y otros c. Venezuela*, Sentencia del 28 de enero de 2009 p. 283. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Chitay Nech y otros c. Guatemala*, Sentencia del 25 de mayo de 2010 p. 13. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Gomes Lund y otros* ("*Guerrilha do Araguaia*") c. *Brasil*, Sentencia del 24 de noviembre de 2010. p. 137. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Gelman c. Uruguay*, Sentencia del 24 de febrero de 2011. p. 183.
 100. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Cabrera Gracia y Montiel Flores c. México*, Sentencia del 26 de noviembre de 2010. p. 192.
 101. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Vera Vera c. Ecuador*, Sentencia del 19 de mayo de 2011. p. 86.
 102. Comisión de Derecho Internacional, *YILC* Suplemento No 10 (A/56/10), 2001, pgs. 21-405.
 103. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso de las *Hermanas Serrano Cruz c. Salvador*, Voto Disidente del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, Sentencia del 23

- de noviembre de 2004. p. 32; Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso de la *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, Sentencia del 31 de enero de 2006. p. 64; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *López Álvarez c. Honduras*, Sentencia del 1 de febrero de 2006. pp. 52 a 55; Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Baldeón García c. Perú*, Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, Sentencia del 6 de abril de 2006. pp. 9 a 12 y Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso del *Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, Sentencia del 2 de agosto de 2008. pp. 131, 144 y 152.
104. Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso *Ximenes López c. Brasil*, Sentencia del 4 de julio de 2006. p. 131 y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Goiburú y otros c. Paraguay*, Sentencia del 22 de septiembre de 2006. p. 131.
105. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Goiburú y otros c. Paraguay*, Sentencia del 22 de septiembre de 2006. p. 131. En el mismo sentido ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *La Cantuta c. Perú*, Sentencia del 29 de noviembre de 2006. p. 160.
106. Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya; *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 2008, p. 337.
107. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Sentencia del 26 de septiembre de 2006 p. 99.
108. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Sentencia del 26 de septiembre de 2006 p. 153.
109. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *López Mendoza c. Venezuela*, Sentencia del 1 de septiembre de 2011. p. 103.
110. Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Opinión Consultiva No. 5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 13 de noviembre de 1985. p. 46.
111. Eur. Court H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, pp. 35-36; ver también: Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26.
112. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Díaz Peña c. Venezuela*, Sentencia del 26 de junio de 2012, Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. P. 2.
113. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, Sentencia del 27 de junio de 2012. p. 266.
114. Ver: Punto d), relativo al derecho a la vida, del presente artículo.
115. Ver: Cançado Trindade, Antônio Augusto; *International Law for Humankind, towards a New Jus Gentium*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2010, p. 310. Retomado de: Cançado Trindade, Antônio Augusto; "International Law for Humankind, towards a New Jus Gentium", *RCADI, Vols. 316-317*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2006, p. 345.
116. Maia, Catherine; "le jus cogens dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme", *Le particularisme Interaméricain des droits de l'homme*, Hennebel, Ludovic y Tigroudja, Hélène (Eds.) Editions Pedone, París, 2009. p. 292. «on doit admettre que la reconnaissance de plus en plus de droits de l'homme impératifs para e juge interaméricain ne s'accompagne pas de l'explication de leur découverte, tant il est vrai que son œuvre de matérialisation du jus cogens se déploie sur une base objective». y «la juridiction interaméricaine affirme l'existence de droits impératifs davantage qu'elle ne le prouve». (Traducción libre del autor - TLA).
117. Ver: Acosta-López, Juana y Duque-Vallejo, Ana María; "Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿Norma de ius cogens?", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional No. 12*, Edición Especial 2008, p. 21.

GÊNERO E DIREITOS HUMANOS - A CONTRIBUIÇÃO DO JUIZ ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE¹

Shelma Lombardi de Kato

Desembargadora; Co-Fundadora da Associação Nacional de Magistradas (ANM) do Brasil; *International Liaison* para o Brasil da *International Association of Women Judges (IAWJ)*, sediada em Washington, DC, EUA.

I. INTRODUÇÃO

Nos idos de 1997, a Associação Nacional de Magistradas (ANM) do Brasil, em convênio com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), deu início à capacitação de magistrados com o fim de implementar a aplicação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos das mulheres. Com tal propósito foi criado o projeto JEP², sigla em inglês do programa "*Jurisprudence of Equality Project*", ou seja, "Projeto Jurisprudência da Igualdade".

O referido projeto, simultaneamente implementado em cinco países da América Latina, teve a participação de ilustres juristas, de notório e invulgar saber. Os destinatários do "Programa" eram os magistrados do país. O Norte a ser seguido?! Avivar o respeito aos direitos humanos das mulheres, assegurando às vítimas os seus direitos fundamentais; e, em especial, o direito de viverem livres de todas as formas de discriminação; dentre as quais a da violência. O primeiro treinamento de capacitadoras latino-americanas, inclusive das brasileiras, ocorreu no Federal Judicial Center, centro permanente de capacitação de juizes, que opera sob a direção do Juiz Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos. Já, a capacitação dos nossos magistrados ocorreu em Brasília e em vários Estados da Federação. Em Minas Gerais, foi privilegiada a cidade de Belo Horizonte, solo sagrado em que pela primeira vez tive a oportunidade de conhecer pessoalmente e de ouvir o inspirado Juiz, à época primeiro Vice-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade. Ao vê-lo surpreendeu-me a sua juventude em face de sua já renomada atuação profissional e de sua intensa produção acadêmica. A coordenação desse importante seminário coube à então juíza de direito e atualmente desembargadora do E. TJ de Minas Gerais, Vanessa Verdulim Hudson de Andrade.

Ao Projeto JEP, Cançado Trindade deu inestimável contribuição,³ dele participando com a luz do seu saber; transmitindo a todos nós, seus discípulos, franca indignação contra as graves ofensas praticadas por agentes e órgãos públicos, e pelos Estados em geral, mesmo os que alardeiam serem modelos democráticos, como organizações políticas e sociais. Assim, em nome da segurança pública, através de determinadas políticas migratórias ou por razões de segurança interna, quantas violações dos direitos humanos são perpetradas, inclusive em nosso país?! Ou contra os nossos patrióticos, no exterior?!...

Sem perder a serenidade dos que confiam na vitória do bem e da justiça, malgrado as distorções intoleráveis e as severas e graves ofensas contra os segmentos mais frágeis e desprotegidos da população, estávamos aprendendo um novo caminho. O caminho a ser percorrido era o de uma nova ordem jurídica, universal, acessível a todos e a cada um, cidadãos e cidadãs do mundo! titulares do *direito subjetivo processual* de ver reconhecida por um tribunal internacional *a ofensa à nossa dignidade humana, pela violação praticada por Estado soberano contra a nossa pessoa, como qualquer do povo*. Cançado Trindade nos ensinou que, sendo seres humanos e cidadãos do mundo, sempre nos seria assegurado o direito de postular e de ver atendido o nosso pleito de justiça não apenas internamente, no âmbito de cada país. A condenação do Estado violador do nosso direito, enquanto direito das gentes, por um tribunal internacional ou regional era um dos caminhos históricos a ser percorrido! (v.g. o caso da combativa; mulher guerreira, Maria da Penha Maia).

II. A CONSTRUÇÃO DA DIFÍCIL IGUALDADE: UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO

Quatro décadas de magistratura convenceram-me de que o ser humano, capaz das mais

excelsas virtudes, é também suscetível das mais graves violações contra os seus semelhantes e as demais criaturas! Como todos sabem, em razão da mais trágica experiência histórica de impensável barbárie; dos campos de concentração nazistas, ou holocausto, a comunidade mundial se deu conta da necessidade de criar-se um organismo internacional como a ONU (Organização das Nações Unidas), vindo a proclamar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, “fonte de irradiação e convergência de DDHH em nível global, na dicção de Cançado Trindade. Vieram, após, outros tratados internacionais, verdadeiros pactos de proteção aos segmentos mais vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, refugiados, crianças, mulheres, etc.

Mas, o projeto JEP, de que falamos, tinha um público alvo especial, sendo direcionado aos juízes de direito, a quem incumbiria a relevante tarefa de aplicar a Lei, segundo os comandos emanados da Carta Magna da República e dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, sob o pálio do Direito Internacional! Nesse mister reaprendemos a difícil missão de julgar principiológicamente, livres de preconceitos e estereótipos, sobre o sólido alicerce da dignidade humana, à luz da Carta Magna da República, que tendo dedicado inúmeros dispositivos (artigos, incisos e parágrafos) à proteção dos direitos fundamentais, expressamente contemplou os *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte* (CRFB §2º, art. 5º), incluindo-os no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Sob tal enfoque, duas convenções internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres foram alvo da capacitação dos magistrados: a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, no âmbito da ONU, de 1979; ratificada em 01/02/1984; e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, da OEA, ratificada pelo Brasil em 27.11.95.

III. O PASSADO E O PRESENTE, DIREITO E CULTURA - A SUPREMACIA DO COMANDO CONSTITUCIONAL E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A vigente CRFB, promulgada em 05.10.88, erigiu a dignidade da pessoa humana em um dos fundamentos da República (art.1º, III); consagrou a igualdade de gênero (art. 5º, I); estabeleceu a

proibição de diferenças salariais em razão do sexo, idade, cor ou estado civil (art.7º, XXX). Ao reverso do que propugnava o direito revogado, proclamou expressamente: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (§ 5º do art.226).

Somos um país democrático que se rege pela Constituição da República Federativa e por suas leis. Sabemos que, na prática, a sociedade igualitária é um ideal de justiça, em busca do qual cada cidadão e cada cidadã devem cooperar.

De qualquer modo, o respeito à diversidade é necessidade inafastável e regra primária de convivência. Como em sábia digressão verbal a jurista Alda Faccio ponderou em célebre discurso em defesa dos direitos humanos das mulheres: “Se todos fossem brancos ou se todos fossem negros, se todos fossem plenamente capazes; se as pessoas comungassem da mesma fé e praticassem a mesma religião, se tivessem a mesma cultura, se todas fossem heterossexuais!...” (“in” Manual de Capacitação JEP/ Brasil- edição TJ/MT). Sob outro prisma, se a diversidade existente entre os seres humanos não resultasse jamais na violação e restrição ao pleno gozo de todos os direitos humanos, sem distinção, não se fariam indispensáveis as múltiplas garantias, constitucionais, legais e até mesmo dos tratados de proteção dos referidos direitos, bem como desnecessários seriam juízes e tribunais nacionais e internacionais. Com tal propósito, é justificável no plano interno a adoção de medidas protetivas especiais ou de *discriminação positiva*, a exemplo das leis de quotas. Tais medidas são sempre temporárias e visam reverter situações históricas de discriminação, principalmente a racial e de gênero.

Trata-se, em suma, da impostergável necessidade de vencer barreiras e práticas culturais arraigadas que, sem a devida proteção legal, injustificada e injustamente, excluiriam milhões de pessoas, negando-lhes a plena cidadania. Mulheres, negros, povos indígenas, minorias étnicas e raciais integram o rol dos possíveis destinatários de tratamento legal diferenciado pelos Estados democráticos, sempre que se fizer necessário corrigir o peso da desigualdade. Nesse sentido, e com tal finalidade, foi editada a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, diploma legal que tirou o Brasil da inadimplência no cumprimento de dois tratados internacionais de proteção a direitos humanos, ratificados pelo país, de conseqüente eficácia supra legal (v. art.5º, §§ 2º e 3º, acrescentado pela E. C. nº 45 de 08.12.04). Lamentável porém, é que alguns segmentos do universo jurídico, por desconhecem ou desconsiderarem os compromissos

internacionais assumidos pelo país, desafinados com o magistério de Cançado Trindade, investiram as leis editadas para cumprir tais acordos.

Oportuno é também ressaltar que razões históricas e culturais dão sustentabilidade ao machismo no Brasil. Como já tive ocasião de ponderar em publicação na Revista AJURIS, dos juízes federais, não apenas o revogado Código Civil foi a “bíblia” da discriminação contra as mulheres por quase 100 anos! Perpetuando a cultura ancestral da violência, nas suas várias e variadas formas, a sociedade brasileira tornou-se ao mesmo tempo vítima e espectadora das mais graves violações consubstanciadas nos assassinatos, estupros, nas agressões físicas e morais, nas ameaças e opressões de toda sorte, contra as mulheres, esposas ou companheiras, sem poupar as meninas, infantes ou adolescentes, seviciadas e abusadas sexualmente pelos próprios pais biológicos ou por padrastos ou companheiros de suas mães. Quem jurisdicionou em varas criminais ou participou de julgamentos nos órgãos colegiados, nas instâncias recursais, por mais insensível que seja não poderá negar a triste realidade, que o país não mensurou sequer estatisticamente.

Ao entrar em vigor em 10 de janeiro de 2003, um ano após a sua publicação, o atual Código Civil, alinhado à Carta Magna da nação, vem expurgado da discriminação racial, social e principalmente de gênero, explícita ou implicitamente consagradas no direito anterior. Para o Código revogado, a mulher como os indígenas era, com os menores, semi-incapaz, enquanto cruel distinção separava os filhos, rotulados de legítimos e ilegítimos; naturais e espúrios. Em tal contexto, o peso da discriminação pairou sobre milhões de brasileiras e de brasileiros, seus filhos, sob o pálio da Lei, por várias gerações e ainda persiste sob diferentes matizes!⁴

No atual estágio do direito, o Brasil possui legislação das mais avançadas do mundo. No plano formal, o reconhecimento dos direitos civis, políticos econômicos e sociais, além do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, vem explicitamente assegurado pela Lei Maior da República. Contudo, apesar dos avanços no plano formal, nas atividades teórica e prática, a pobreza, a violência e as desigualdades preponderam no contexto social. Além disso, o próprio Estado ou seus agentes, carece de maior compromisso com os *direitos fundamentais*, cujas normas especiais à luz da Carta Magna merecem proteção diferenciada, tendo superioridade hierárquica às demais.

Por outro lado, o Poder Judiciário tem feito escasso uso dos instrumentos de direito interna-

cional dos direitos humanos em suas decisões, apesar de estarmos inseridos em dois sistemas protetores no que tange à aplicabilidade de tais direitos: no sistema global (da ONU) e no regional (da OEA). Lamentavelmente, posturas negativistas, rechaçadas por Cançado Trindade, dificultaram no passado a aplicabilidade das normas de direito internacional submetidas a julgamento no âmbito interno do estado brasileiro, como prevista no art. 60, § 4º, IV e art. 5º § 2º da CRFB, que foi acrescido dos §§ 3º e 4º, por força da EC nº 45 de 08/12/2004.

Para reavivar a memória, importante é enfatizar: no que concerne à proteção dos direitos humanos, a partir da carta de 1988 foram ratificadas pelo Brasil as seguintes Convenções:

- a) A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20/07/1989;
- b) A Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24/09/1990;
- c) O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em 24/01/1992;
- d) O Pacto Internacional sobre Direitos econômicos, Sociais e Culturais, 24/04/1992;
- e) A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica);
- f) A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), em 27/09/1995.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) foi ratificada em 01/02/1984, portanto anteriormente a vigência da atual Constituição, tendo inspirado o legislador constituinte.

O “Projeto Jurisprudência da Igualdade”, de direitos humanos das mulheres, através de 12 seminários, realizados de outubro de 1997 a abril de 2002, capacitou 1.277 pessoas, principalmente juízes e outros operadores jurídicos, preparando-os para a interação dinâmica entre o direito internacional e o direito interno.

Ao ensejo do 12º seminário JEP, realizado em Março de 2002, foram outorgados ao grande mentor da causa dos Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, por sua inestimável contribuição à causa da Justiça, o “Colar do Mérito Judiciário” pelo E. Tribunal de Justiça de Mato Grosso; e a “Ordem do Mérito de Mato Grosso”, pelo mesmo Estado, reservada apenas a pessoas extraordinárias cujas condutas são exemplos de vida para as presentes e futuras gerações.

A necessidade de promover a defesa dos direitos humanos das mulheres e das crianças permanece. Somos um país pouco afeito às pesquisas. Entretanto, nos últimos anos organizações nacionais e internacionais têm monitorado os índices de violência contra mulheres e meninas em vários países. Os dados e pesquisas comprovam que as mais graves violações aos direitos humanos das vítimas, inclusive no Brasil, ocorrem no recinto doméstico; palco dos estupros e de toda sorte de violências, inclusive de assassinatos! A Convenção da ONU (CEDAW) identifica a violência contra as mulheres como *discriminação de gênero*. É sabido que na prática social a família é ao mesmo tempo vítima e construtora da desigualdade. Julgamentos, votos e sentenças demonstram que muitos operadores do direito cultuam a desigualdade de gênero. Entretanto, a violência no seio da família, ou violência doméstica, vem rechaçada pela ordem jurídica interna (§ 8º do art.226 da CRFB) e pela internacional (Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de Belém do Pará, no âmbito da OEA - e *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: Cedaw*; da ONU).

IV. CONCLUSÃO

Dos ensinamentos de Cançado Trindade, e de nossa longa experiência como julgadora, emerge a convicção de que dentro da perspectiva de harmonização do ordenamento jurídico interno e da ordem internacional, decisões mais sábias e justas poderão ser editadas “contribuindo para a expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano” sob a égide dos direitos humanos”. Nessa perspectiva, na dicção do excelso mestre, “dando por afastada a compartimentalização teórica e estática da doutrina clássica, entre o direito internacional e o direito interno”, passamos a conviver num mundo novo, em transformação... no qual

somos titulares da proteção de nossos direitos humanos universais, em um sistema integrado da proteção dos referidos direitos. Em tal contexto jurídico global, “os atos internos dos Estados estão sujeitos à supervisão dos órgãos internacionais de proteção quando, no exame dos casos concretos, se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos”. E conclui com inexcusável segurança: “As normas internacionais que consagram e definem claramente um direito individual, passível de vindicação ante um tribunal ou juiz nacional, são diretamente aplicáveis. Além disso, os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno.”

Sob esse prisma, embora diversificadas e múltiplas as tarefas e atribuições que incumbem aos operadores do direito, quer atuando na acusação, quer na defesa, ou na difícil missão de julgar, temos que a “ultima ratio”, o objetivo maior desse trabalho integrado, é o de realizar a justiça possível; assegurando a todos e a cada um o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Em que pesem as dificuldades do caminho, muitas vezes penoso, os obstáculos devem ser superados; inclusive os de nossas próprias limitações; das limitações da lei, ou do sistema. Em qualquer contexto, será sempre importante termos presente a exortação do renomado doutrinador, juiz e mestre Cançado Trindade em cuja homenagem esboçamos estas singelas considerações:

“O direito internacional e o direito interno caminham juntos e apontam na mesma direção, coincidindo no propósito único e último de ambos da proteção do ser humano.”

Que seus sábios ensinamentos permaneçam vivos em nossos pensamentos e ações! E que assim caminhe a humanidade!

NOTAS

1. Texto de palestra proferida pela Autora, no evento "*A Função Judicial Internacional no Direito Internacional e a Humanização do Direito - Seminário em Homenagem ao Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade*", realizado em Belo Horizonte, aos 02-03 de maio de 2011, no Auditório do Campus 2 da Faculdade de Direito Milton Campos.
2. A Professora Anne Goldstein (PhD da Universidade de Georgetown, Washington DC), e a Juíza Arline Pacht, Fundadora da *International Association of Women Judges (IAWJ)*, criaram e modelaram o JEP. Atualmente o Projeto vem sendo implementado em diversos países e regiões do mundo, sob a orientação da Professora Anne Goldstein, com a colaboração de Joan Winship, Diretora Executiva da IAWJ, e com a participação da ex-Presidente Leslie Alden.
3. Cf. *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos - Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*, tomo V. Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Edit, 2005.
4. Cf. Edgar de Moura Bittencourt, *O Concubinato no Direito Brasileiro*. São Paulo, Ed. Saraiva.

O RECONHECIMENTO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS COLETIVAS COMO SUJEITOS DO DIREITO INTERNACIONAL: ANÁLISE DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL EM CASOS DE RECLAMOS TERRITORIAIS DOS POVOS INDÍGENAS

• • • • •
Sílvia Maria da Silveira Loureiro

Aluna do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Curso de Doutorado), Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Especialista em Direito Processual pelo Instituto Superior de Administração e Economia da Amazônia/Fundação Getúlio Vargas, Professora do Curso de Direito da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo estudar a evolução jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) quanto ao reconhecimento de sujeitos coletivos, como vítimas de violações de direitos humanos, dentro de um quadro normativo convencional, que ainda é aquele traçado após o final da Segunda Guerra Mundial¹, selecionando, para tanto, as sentenças de mérito proferidas em casos envolvendo reclamos de povos indígenas sobre suas terras ancestrais e recursos naturais.

No atual estágio de sua jurisprudência, relativa ao exercício de sua competência para o julgamento de casos contenciosos, no sistema de petições individuais, a Corte Interamericana já se pronunciou nos seguintes casos relativos a reclamos territoriais de povos indígenas: comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicarágua (2001); Massacre de Plan de Sánchez contra Guatemala (2004); comunidades indígenas Yakyé Axa (2005), Sawhoyamaxa (2006) e Xákmok Kásek (2010), todos contra o Paraguai, e povo Kichwa de Sarayaku contra o Equador (2012).²

Neste trabalho não podemos deixar de nos referir também aos casos da comunidade Moiwana (2005) e do povo Saramaka (2007), todos contra o Suriname. Apesar de serem, tecnicamente, casos relativos a povos tribais, não originários do território americano, a eles se aplicam os mesmos parâmetros normativos de proteção internacional dos povos indígenas, por sua estreita ligação

com a terra tradicionalmente ocupada e por serem considerados como grupos especialmente vulneráveis. Assim sendo, nestes casos de povos tribais foram construídos importantes avanços interpretativos da CADH, de grande interesse ao tema do presente trabalho, os quais foram aplicados, posteriormente, à casuística indígena *supra* citada.

A escolha dos citados casos tem como primeira razão metodológica o fato de que são protagonizados por povos indígenas,³ nos quais a identidade étnica-cultural do grupo é evidente e, por conseguinte, a Corte foi desafiada a interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) em face de um sujeito coletivo perfeitamente identificável no campo do Direito Internacional, conforme os parâmetros estabelecidos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989)⁴ e na Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas (2007).⁵

Outra razão metodológica que deve ser, desde logo, explicitada é que, para atender ao escopo do presente estudo, nos casos a seguir examinados serão destacados apenas os aspectos relacionados com os reclamos territoriais indígenas sobre a propriedade comunal e recursos naturais, suscitados a partir da alegada violação ao artigo 21 da Convenção Americana, a fim de ser verificado a quem a Corte Interamericana reconhece a condição de sujeito vítima de dita violação.

É certo que as peculiaridades de práticas culturais de coletividades étnicas já haviam sido consideradas nos casos Aloeboetoe⁶ e Bámaca Ve-

lasquez⁷, entretanto, foi a partir do caso da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni que a Corte Interamericana, pela primeira vez, aprofundou a análise da matéria em uma aproximação da interpretação integral da cosmovisão indígena como ponto central daquela sentença, a qual passou a servir como paradigma para os casos de povos indígenas e tribais julgados posteriormente.⁸

Com efeito, o ponto de maior destaque do caso da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni versa sobre o direito à propriedade coletiva das comunidades indígenas sobre seus territórios ancestrais e recursos naturais, à luz do parâmetro interpretativo, até então inédito, fixado pela Corte para o artigo 21 da Convenção Americana.

Nesse caso paradigmático, a Corte teve a oportunidade de proceder a uma interpretação evolutiva do artigo 21 da Convenção Americana, embasada em elementos do direito consuetudinário indígena, ampliando a dimensão individual do direito à propriedade privada, originalmente constante neste dispositivo, para nele incluir a concepção coletiva da propriedade territorial indígena, que abarca mais do que um sistema de produção econômica a partir da posse da terra, pois esta significa uma forma particular de organização social e espiritual vital para sua subsistência como povo.

Ocorre que, desde esse precedente, embora a Corte Interamericana tenha passado a reconhecer o estreito vínculo comunitário que une os membros das comunidades indígenas entre si e liga estes à terra ancestral que o grupo tradicionalmente ocupa, outorgando, inclusive, reparações de natureza coletiva em benefício da comunidade como um todo,⁹ a Corte estabeleceu para os casos análogos subsequentes a aplicação da regra de individualização da parte lesionada e, ao final, declarava nos pontos resolutivos da sentença, como vítimas, os membros das comunidades e não a comunidade como um sujeito vitimado autônomo.

Assim sendo, propomos a análise da questão central deste artigo, qual seja, o gradual alcance do *status de* sujeitos coletivos de direitos pelos povos indígenas, no marco jurisprudencial da Corte Interamericana, em três partes principais:

A primeira parte inicia com o estudo do caso paradigmático da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, enfatizando-se os fundamentos que a Corte utilizou para construção do raciocínio lógico-interpretativo do artigo 21 da CADH em prol da sua aplicação ao caso de propriedades territoriais indígenas. Na segunda parte, analisaremos os efeitos deste precedente no caso do Massacre de Plan de Sánchez e na trilogia de casos indígenas para-

guaios, notando a evolução gradual da jurisprudência da Corte quanto à aplicação da regra de individualização das vítimas. Por fim, na terceira parte, dedicada ao estudo do caso do povo Kichwa de Sarayaku, verificaremos que a Corte abandona, definitivamente, o critério rígido da individualização das vítimas e passa a considerar os povos indígenas como verdadeiros sujeitos titulares dos direitos humanos declarados violados em sentença.

Sob essas premissas, é necessário enfatizar que, nos casos indígenas, objeto deste trabalho, inúmeras outras questões, relacionadas por exemplo com os direitos à vida, integridade cultural, consulta e acesso à justiça, são discutidas. Porém, percebemos que é na análise da violação do artigo 21 da Convenção que a Corte entendeu, inicialmente, que a dimensão coletiva é um aspecto indissociável da proteção dos direitos humanos dos povos indígenas e tribais. Gradualmente, caso a caso, esta dimensão coletiva foi sendo introduzida na análise da violação de outros direitos. Finalmente, no recente caso do povo Kichwa de Sarayaku contra Equador (2012), este povo indígena foi reconhecido como sujeito coletivo titular de direitos humanos, conforme demonstraremos no presente artigo.

1. ANÁLISE DO CASO DA COMUNIDADE MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI (2001)

O caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni origina-se com a outorga pelas autoridades estatais da Nicarágua, em 13/03/1996, de uma concessão de 30 anos, para a exploração de madeira, nas terras tradicionalmente ocupadas pela Comunidade a empresa Sol del Caribe S.A.(SOLCARSA), sem consulta prévia ao povo Awas Tingni. Outro fato que está na raiz deste caso é a não demarcação de suas terras comunais pelo Estado da Nicarágua. Embora a Constituição e a legislação interna reconheçam expressamente este direito à propriedade ancestral,¹⁰ o Estado não adotou medidas administrativas efetivas para implementá-lo e nem mesmo um recurso judicial adequado para responder às demandas da citada Comunidade sobre seus direitos territoriais.

A fundamentação jurídica utilizada pela Corte, na sentença de mérito, reparações e custas, ditada em 31/08/2001, para a proteção da propriedade territorial indígena no âmbito da Convenção Americana parte, curiosamente, do mesmo artigo 21 que reconhece a toda pessoa o direito à propriedade privada. Interessante é notar, todavia, que o texto do referido artigo 21 não menciona expres-

samente o direito à propriedade privada, mas o direito que toda pessoa tem ao uso e gozo de seus bens. Assim, em um primeiro passo, a Corte define que o conceito de bens compreende todos os móveis e imóveis, os elementos corpóreos e incorpóreos e qualquer outro objeto imaterial suscetível de ter um valor.

Em um segundo passo, a Corte volta-se aos trabalhos preparatórios da Convenção Americana e revela que, na elaboração do texto do artigo 21, a substituição dos termos “propriedade privada” por “bens” foi intencional. Dito isso, em um terceiro passo, a Corte agregou que os termos de um tratado internacional de direitos humanos têm sentido autônomo e, por conseguinte, não podem ser equiparados ao significado que lhes atribui o direito interno. Ademais, em um quarto e definitivo passo, a Corte expressa que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos cuja interpretação tem que se adequar à evolução dos tempos e, em particular, às condições atuais de vida.

Sob esta base, a Corte invoca, em um quinto passo, o artigo 29, b) da Convenção Americana, segundo o qual nenhum dispositivo deste tratado pode ser interpretado no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade, que porventura possa estar reconhecido nas leis de qualquer dos Estados partes da Convenção Americana, ou de qualquer outra convenção de que seja parte um de ditos Estados.

Neste ponto do seu raciocínio, a Corte então reúne os argumentos levantados nos cinco passos anteriores e sintetiza como principal fundamento da proteção do direito dos membros das comunidades indígenas à propriedade comunal, ainda que sob a égide do artigo 21, a interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, considerando as normas de interpretação aplicáveis e de conformidade com o citado artigo 29, b) da Convenção que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos humanos nela consagrados.

A Corte esclarece, em trecho lapidar que servirá de parâmetro para todos os casos subsequentes, que na cultura indígena existe uma tradição comunitária sob a forma comunal de propriedade da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua Comunidade e agrega ainda que:

“Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base funda-

mental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção senão um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras” (tradução livre).¹¹

Como se pode extrair da fundamentação acima examinada, a Corte reconhece, expressamente, que o território indígena não pertence a um membro da Comunidade, mas ao grupo, coletivamente, e do qual depende para sua própria existência material e espiritual e, por tomar especialmente as bases consuetudinárias do direito indígena, a Corte consignou que basta a posse da terra para que as comunidades indígenas que carecem de um título real sobre a propriedade, obtenham o reconhecimento oficial de dita propriedade e o conseguinte registro.

Além da interpretação do artigo 21 da Convenção, a Corte acrescenta ainda em sua fundamentação que a ordem jurídica interna do Estado da Nicarágua reconhece a propriedade comunal indígena e, por conseguinte, entende que o Estado não ofereceu objeção ao reconhecimento da Comunidade Mayagna como proprietária de suas terras ancestrais. Entretanto, o que está em litígio é apenas os limites de sua extensão.

Assim, a Corte considerou que a Nicarágua não regulamentou o processo específico para materializar dito reconhecimento e, por conseguinte, o território reclamado pelos mayagna não foi efetivamente delimitado, demarcado e titulado, o que ocasionava uma situação de incerteza e insegurança jurídica para a Comunidade com relação ao uso e gozo de seu território e recursos naturais.

Em razão dessa situação, a Corte outorgou, como medida reparatória, a título de danos imateriais, uma indenização pecuniária fixada por equidade no valor de cinqenta mil dólares, a serem investidos pelo Estado nicaraguense em obras ou serviços de interesse coletivo em benefício da Comunidade Awas Tigni, de comum acordo com esta e sob a supervisão da Comissão Interamericana.¹²

Enfim, ao declarar a violação do artigo 21 da Convenção Americana pelo Estado da Nicarágua, a Corte considerou como vítimas os membros da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tigni, e não a comunidade indígena, autonomamente, determinando ao Estado que delimite, demarque e titule as terras que correspondem aos membros da comunidade indígena em questão.

Essa postura da Corte, no entendimento do juiz Sergio Garcia Ramírez, não seria paradoxal, pois, conforme expõe em seu *voto razonado concurrente*, a análise do direito de uso e gozo sobre suas terras ancestrais no marco interpretativo do artigo 21 da CADH, foi realizada desde a perspectiva dos membros das comunidades indígenas (e não da própria comunidade como sujeito), o que não implicaria, ao ver do magistrado, desconhecer ou negar direitos de outra natureza ou alcance, vinculados com aqueles, como são os direitos de caráter coletivo, constantes inclusive, na normativa nacional e internacional de proteção de direitos humanos dos povos indígenas.¹³

Na mesma linha de argumentação, o juiz Sérgio Garcia Ramírez aduz que os direitos comunitários, intrínsecos à cultura jurídica de muitos povos indígenas, e por conseguinte, de seus integrantes, constituem a fonte e o amparo dos direitos subjetivos individuais, o que conduziria, em suma, ao reconhecimento de uma íntima e indissolúvel vinculação entre os direitos de ambas as ordens – individuais e coletivos – que precisam ser igualmente tutelados em favor das pessoas que fazem parte de grupos étnicos indígenas.¹⁴

2. A REPERCUSSÃO DO CASO MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI

2.1 ANÁLISE DO CASO DO MASSACRE DE PLAN DE SÁNCHEZ (2004)

Este é um caso cujos fatos caracterizam a prática de genocídio contra a comunidade de Plan de Sánchez, integrante do povo maiaachí, inseridos no contexto de violações em massa de direitos humanos, perpetradas contra o povo indígena maia, durante o conflito armado na Guatemala, principalmente, entre 1978 e 1984. Este massacre, ocorrido em 18/07/1982, afetou duramente a comunidade em sua identidade e valores. Embora os membros da comunidade tenham sido deslocados para fora de seu território, decorridos alguns anos do massacre, os sobreviventes retornaram as suas casas. Porém o trauma da violência sofrida, a militarização da aldeia, a morte de mulheres e anciãos, responsáveis pela realização dos rituais fúnebres e transmissão dos seus usos e costumes, além da falta de condições de vida digna deixaram marcas indeléveis naquela comunidade indígena.

No curso do processo, o Estado guatemalteco reconheceu sua responsabilidade internacional pelas múltiplas violações da Convenção Americana, inclusive do artigo 21, sem no entanto, ter

sido aprofundada a questão da prática do genocídio contra a comunidade indígena de Plan de Sánchez, por razões de incompetência material da Corte Interamericana,¹⁵ abrindo-se, posteriormente, a faze de reparações.

Em que pese a grande dificuldade de identificação das vítimas, devido a fatores como a necessidade de exumação dos restos mortais das pessoas queimadas e enterradas em valas comuns, sem qualquer documentação oficial, o decurso do tempo, assim como a extensa relação de vítimas do massacre, a Corte aplicou ao caso a regra de individualização das vítimas e declarou como parte lesionada as mais de duzentas vítimas identificadas no parágrafo 49.10 da sentença de reparações.¹⁶

A seguir, a Corte outorgou aos sobreviventes e aos familiares dos mortos uma das maiores indenizações por danos morais e materiais já fixadas pela Corte, no valor de US\$ 7.925.000,00, sem prejuízo de outras modalidades de reparações outorgadas em benefício da comunidade de Plan de Sánchez e demais comunidades vizinhas afetadas pelo massacre, tais como, a obrigação do Estado de investir em políticas de habitação, saúde, educação e infraestrutura de saneamento básico.

Neste caso, à semelhança do assentado na sentença da comunidade Mayagna, a Corte enfatizou a estreita relação que havia entre os membros da comunidade de Plan de Sánchez e a especial ligação destes com seu território ancestral, pontificando que as vítimas neste caso são parte do povo maia e por tal razão a reparação individual tem como um componente importante as reparações que esta Corte outorga mais adiante aos membros das comunidades em conjunto.¹⁷

Esta referência ensejou a retomada e aprofundamento da discussão sobre a titularidade de direitos humanos por indivíduos e coletividades em novo *voto razonado* proferido pelo juiz Sergio Garcia Ramírez.¹⁸

Nesta oportunidade, o referido magistrado reiterou seu entendimento, firmado no caso Mayagna, segundo o qual a vida dos membros de comunidades indígenas está intimamente ligada à vida da própria comunidade, tanto em aspectos materiais como espirituais, porém, os direitos individuais dos integrantes destas comunidades não se resumem a estes e nem são absorvidos pelos direitos coletivos que emergem da vida comunitária.¹⁹

Não obstante a este reconhecimento, Garcia Ramírez registra que, ao analisar os fatos e pretensões em casos de coletividades humanas, considerou os estritos termos do artigo 1.2 da Convenção Americana, de acordo com o qual, pessoa deve ser

entendida como todo ser humano e, nesse sentido, refere a evidência do caráter individual de vários outros dispositivos da CADH, embora ressaltando em alguma medida a dimensão coletiva do exercício de certos direitos sociais.²⁰

2.2 ANÁLISE DA TRILOGIA DE CASOS DAS COMUNIDADES INDÍGENAS DO CHACO PARAGUAIO (2005-2010)

A trilogia de casos das comunidades indígenas paraguaias, que guardam entre si uma grande semelhança fática, caracterizam-se pela continuidade nos marcos interpretativos sobre propriedade territorial indígena, fundados no caso *Mayagna (Sumo) Awás Tíngni*,²¹ mas o estudo em conjunto destes casos permite também uma melhor análise dos passos da evolução jurisprudencial da Corte Interamericana em matéria de subjetividade coletiva das vítimas de violações de direitos humanos.

As vítimas que figuram como partes nesta trilogia são membros de comunidades indígenas da região chaquenha do Paraguai, as quais se diferenciam da população em geral por sua forma de organização social, meios de subsistência física e hábitos culturais, intimamente relacionados com o meio onde vivem.

Estas comunidades foram deslocadas de suas terras ancestrais para serem assentadas em outras terras que não ofereciam as mesmas condições de subsistência. Ao tentarem retornar às terras ancestrais, seus membros foram impedidos de entrar nestes territórios mesmo que para caçar, colher alimentos na floresta, pescar ou buscar água, rompendo-se a especial relação que mantinham com suas origens étnico-culturais e com sua própria subsistência física. Nesse novo cenário, as comunidades passaram a viver na beira da estrada em estado de absoluta miséria, sem a devida assistência do Poder Público.

Para tentar reaver suas terras ancestrais, os líderes das três comunidades indígenas paraguaias iniciaram processos administrativos de acordo com o que determinam a Constituição e a legislação interna, as quais preveem o reconhecimento da titularidade das respectivas terras ancestrais indígenas como anteriores ao próprio Estado paraguaio e, por conseguinte, sua prevalência sobre a propriedade individual privada.

É importante destacar que o ordenamento jurídico paraguaio prevê ainda que seja reconhecida personalidade jurídica às comunidades indígenas, e que seja formalizada a escolha de seus

representantes a fim de se obter a titularidade das terras ancestrais, em conformidade com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes.²²

Entretanto, por falta de operatividade destes processos administrativos internos, principalmente nos casos em que há resistência dos proprietários privados da terra, ocorreu um prolongamento indefinido nas suas tramitações, sem que houvesse a previsão de um recurso interno eficiente para se obter uma resolução definitiva destas questões.

Nesse contexto, a Corte Interamericana asseverou que estas comunidades encontravam-se em uma situação de especial vulnerabilidade, visto que privados de suas terras, não lhes era garantido o exercício de suas atividades tradicionais, essenciais para a sua subsistência física e cultural, resultando na declaração da violação do artigo 21 da CADH.

Visto que os membros da comunidade estavam facultados, inclusive pelo direito interno, a apresentar solicitações de reivindicação de terras tradicionais, a Corte ordenou que o Estado identificasse essas terras e as entregasse de forma gratuita aos membros da comunidade, mediante indenização aos terceiros de boa fé que as ocupam atualmente ou que o Estado entregasse, gratuitamente, terras alternativas, de igual extensão e qualidade.

a) *Caso Yakye Axa (2005)*

Neste caso, a Corte considerou os membros da Comunidade *Yakye Axa* como vítimas da violação ao direito de propriedade sobre suas terras ancestrais, utilizando, para tanto, uma fundamentação análoga àquela já referida no caso da Comunidade *Mayagna (Sumo) Awás Tíngni* ao interpretar o sentido e alcance da disposição contida no artigo 21 da Convenção Americana.

Porém, o reconhecimento da violação do artigo 4.1 da Convenção, dadas as condições de extrema miséria em que vivia a Comunidade *Yakye Axa*, ensejou novos desdobramentos da discussão em tela.

Neste primeiro caso paraguaio, a Comissão e os representantes das vítimas alegaram a responsabilidade estatal, por omissão, em relação ao óbito de dezesseis membros da Comunidade *Yakye Axa*, dentre crianças e idosos, que faleceram no assentamento, na beira da estrada, por falta de assistência médico-sanitária. Embora essas condições de vida precária tenham sido objeto de ampla comprovação, a Corte, por maioria, entendeu não haver prova suficiente para demonstração do

nexo de causalidade. Mas, de modo contraditório, a Corte considerou que o Estado paraguaio violou o artigo 4.1 da Convenção Americana em prejuízo dos membros da Comunidade Yakye Axa, por não adotar medidas frente às condições que afetaram suas possibilidades de ter uma vida digna.²³

Em Voto Dissidente Conjunto, os Juízes A. A. Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles expuseram as razões de sua discordância ante ao não reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado paraguaio por dez dos dezesseis óbitos ocorridos na Comunidade Yakye Axa, e ressaltaram a questão da identidade étnico-cultural deste povo, como um ponto a ser aprofundado no marco do direito à vida:

“18. A identidade cultural tem raízes históricas, e, nas circunstâncias do presente caso da Comunidade Indígena Yakye Axa, encontra-se vinculada à terra ancestral. Mas o que merece uma ênfase ainda maior é o fato de que a identidade cultural é um componente ou agregado do próprio direito à vida *lato sensu*; assim, se se afeta a identidade cultural se afeta inevitavelmente o próprio direito à vida dos membros da referida comunidade indígena. A evidência pericial produzida perante a Corte durante a audiência pública do dia 04.03.2005 indicou que os únicos que `humanizaram` a região de *El Chaco* foram os próprios indígenas, com sua cultura, seu *modus vivendi*, sua forma de auto-organização.

19. Com seu deslocamento, em anos recentes, de suas `terras ancestrais`, uma comunidade indígena como a de Yakye Axa tem sua identidade cultural seriamente afetada, ademais do próprio direito à vida de seus membros. Como assinalou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos na audiência pública de 05.03.2005 perante esta Corte, - sem ter sido contestada pelo Estado, - como consequência da situação supracitada, os meninos e meninas na comunidade Yakye Axa, nascem predestinados às enfermidades, à falta de acesso à educação, e à servidão. Isto, em nosso entender, constitui claramente *per se* uma violação ao direito fundamental à vida.

20. A nosso juízo, a Corte deveria ter pensado mais a fundo sobre o direito fundamental à vida, como o fez em relação ao direito de propriedade (de terras ancestrais). Ao fim e ao cabo, o direito à vida é um direito inderrogável sob a Convenção Americana, enquanto que o direito à propriedade não o é. No presente caso este último adquire especial rele-

vância precisamente por estar relacionado diretamente com o pleno gozo do direito à vida abarcando as condições de uma vida digna”. (tradução livre)

É interessante notar, ademais, que ao estabelecer o conceito de “beneficiários”, ou seja, a quem seriam outorgadas as medidas de reparação no presente caso, a Corte prosseguiu utilizando o critério estabelecido na sentença anterior de Plan de Sánchez, fazendo expressa menção a este caso:

“188.No presente caso, a Corte compartilha do critério da Comissão e dos representantes no sentido de que as reparações adquirem um especial significado coletivo. A este respeito, este Tribunal considerou em um caso que envolvia povos indígenas que `a reparação individual têm como um componente importante as reparações que a Corte outorga mais adiante aos membros das comunidades em seu conjunto.

189. Sem prejuízo disso, a Corte considera que os beneficiários das reparações que se ordenam na presente Sentença são os membros da Comunidade indígena Yakye Axa, detalhados na lista constante no anexo A desta Sentença”. (tradução livre)

A lista de vítimas a que se refere o parágrafo 189 da sentença, *supra* transcrito, foi elaborado com base nas informações do censo de 2.002. Este censo organizou os membros da Comunidade Yakye Axa em noventa residências/grupos familiares, referindo o nome e sobrenome de cada um dos trezentos e dezenove indivíduos membros da comunidade. Porém, deixou-se consignado na sentença que devido ao fato de ser uma população deslocada de seu território ancestral, que vive na beira de uma estrada, certamente, o número de pessoas constante desta lista poderia variar.

Em que pese todo este detalhamento, quanto ao cuidado de individualização dos membros da Comunidade Yakye Axa, vítimas neste caso, a Corte outorga medidas reparatórias de abrangência coletiva, quais sejam: a) criação de um fundo destinado exclusivamente à aquisição das terras a serem entregues aos membros da Comunidade Yakye Axa e b) implementação de um programa e um fundo de desenvolvimento comunitário.²⁴

Neste mesmo período ordinário de sessões, transcorrido de 13 a 30/06/2005, a Corte Interamericana deliberou ainda sobre outros três casos envolvendo coletividades étnicas como vítimas, a saber: as sentenças de mérito nos casos Moiwana contra Suriname e Yatama contra Nicarágua, que

serão estudadas a continuação, bem como a resolução das medidas provisórias no caso do povo Sarayaku contra Equador do qual trataremos no terceiro item deste trabalho.

No caso Moiwana, o fato subjacente de toda a demanda da Comissão consistiu no ataque por integrantes das forças armadas do Suriname aos membros N'djuka daquela comunidade Maroon, no dia 29/11/1986. O ataque resultou no massacre de mais de quarenta pessoas, arrasando o vilarejo. Os sobreviventes fugiram para a floresta e, posteriormente, foram exilados ou deslocados internamente, sem jamais poder retornar ao seu território tradicional.

Na sentença que precedeu em apenas dois dias àquela proferida no caso Yakye Axa, a violação do artigo 21 da CADH foi alegada pelos representantes das vítimas com base no rompimento da estreita relação que os habitantes de Moiwana mantinham com seus territórios tradicionais, o que foi acatado pela Corte, mesmo considerando que eles fossem membros de uma comunidade tribal N'djuka, aplicando-se a este caso a jurisprudência sobre territorialidade indígena anteriormente firmada.²⁵

Em continuidade ao parâmetro utilizado no caso Plan de Sánchez, a Corte considerou, como parte lesionada, beneficiárias de reparações, as pessoas individualizadas nos parágrafos 71 e 86.17 da sentença, inobstante a outorga de medidas de satisfação de caráter coletivo em favor da comunidade moiuana,²⁶ dada a gravidade dos fatos e a extensão do dano causado.

Em voto separado, ao tratar da subjetividade jurídica dos povos no Direito Internacional, o juiz Cançado Trindade abriu uma nova linha de reflexão sobre o tema da titularidade coletiva de direitos humanos que iria muito mais além do parâmetro normatizado no artigo 1.2 da CADH. Enfatizando as bases teóricas do *jus gentium* do século XVI, o magistrado demonstrou que, até então, o direito internacional abrangia não apenas Estados, mas também povos e pessoas humanas, como indivíduos ou grupos e a humanidade como um todo. Após séculos de prevalência da lógica de Westfália, somente com a exaustão do positivismo interestatal, os seres humanos, individual ou coletivamente, emergiram como sujeitos do direito internacional do século XXI. Assim sendo, conclui o magistrado que apesar dos avanços jurisprudenciais, inaugurados no caso da comunidade Mayagna, ainda permanecia em aberto a questão dos povos como autênticos sujeitos do direito internacional.²⁷

Dias depois, em 23/06/2005, a Corte ditou a sentença emblemática do caso do partido indígena Yatama, na qual estabeleceu, pela primeira vez, os parâmetros interpretativos do artigo 23 da CADH, e, particularmente, fixou sua importância em relação ao princípio da igualdade e não discriminação quando se trata da participação política de grupos étnicos minoritários em uma sociedade democrática.

Nesta oportunidade, fazendo um balanço dos casos de comunidades étnicas julgados neste período de sessões, que vieram a somar-se à jurisprudência anteriormente firmada pela Corte, o juiz Sergio Garcia Ramírez profere um *voto concurrente* no qual explicita, mais uma vez, sua posição acerca da barreira normativa convencional para o reconhecimento da titularidade coletiva de direitos humanos:

“Ao examinar esses casos, a Corte tem presente, em todo momento, o alcance subjetivo de sua competência à luz do artigo 1.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que aclara a conotação que esse instrumento internacional maneja sobre o conceito de ‘pessoa’: o ser humano, o indivíduo, como titular de direitos e liberdades. O Tribunal não pode exceder esta fronteira estabelecida pela Convenção que fixa sua competência. Nem tampouco deve prescindir do exame profundo das questões que se propõem, a fim de precisar suas verdadeiras características, raízes, implicações, consequências, etc, para entender a entidade das violações cometidas, em cada caso, e resolver adequadamente sobre as reparações que possam corresponder a elas.”²⁸ (tradução livre)

Por tais razões, entende o magistrado que, nas diversas decisões relacionadas com integrantes de grupos indígenas ou étnicos, a Corte considera o direito dos membros dessas comunidades ou grupos, sem ultrapassar os limites da apreciação de casos individuais, ao mesmo tempo em que procede à análise do seu contexto, dentro do marco necessário, característico, substancial do caso, qual seja, os direitos coletivos das comunidades as quais pertencem estes indivíduos.²⁹

b) Caso Sawhoyamaya (2006)

A sentença deste segundo caso paraguaio guarda um lapso temporal de apenas nove meses em relação à sentença do caso Yakye Axa e, apesar de serem casos congêneres, a Corte corrigiu alguns desvios e trouxe outras fundamentações

inovadoras. Em seu Voto *Razonado*, o Juiz A. A. Cançado Trindade assim se manifestou a respeito:

“22. Esta Corte incorreu, pois, em sua maioria, em um grave erro em sua anterior Sentença no caso da *Comunidade Indígena Yakye Axa versus Paraguai* (de 17.06.2005), quanto ao seu ponto resolutivo n. 4, não só quanto ao direito material aplicável (atinentes ao direito à vida em sua ampla dimensão e o direito à identidade cultural, *supra*) senão também em matéria de direito procesual. Sem embargo, retificou dito erro na Sentença que acaba de emitir a Corte no presente caso da *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*, e retornou assim a linha de sua mais lúcida jurisprudência a respeito. (...)

28. O direito à vida é, no presente caso da Comunidade Sawhoyamaxa, abordado em sua vinculação estreita e inseparável da identidade cultural. Dita identidade se forma com o passar do tempo, com a trajetória histórica da vida em comunidade. A identidade cultural é um componente ou agregado do direito fundamental à vida em sua ampla dimensão. No que concerne aos membros da comunidade indígena, a identidade cultural se encontra estreitamente vinculada a suas terras ancestrais. Se eles são privados destas últimas, mediante seu deslocamento forçado, afeta-se seriamente sua identidade cultural e, em última instância, seu próprio direito à vida *lato sensu*, ou seja, o direito à vida de cada um e de todos os membros de cada comunidade.”³⁰ (tradução livre)

Sendo assim, a Corte considerou que o Estado paraguaio violou o artigo 4.1 da Convenção tanto em prejuízo dos membros da Comunidade Sawhoyamaxa, por falta de cumprimento de obrigações positivas para melhoria de suas condições de vida, quanto, particularmente, em prejuízo de um idoso e dezoito crianças, o que neste último caso conduziu à vinculação da violação do artigo 19 da Convenção.

Em suas reflexões finais no citado voto *razonado*, o juiz Cançado Trindade sinalizando, mais uma vez, com a possibilidade do *jus standi* destes povos perante organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, relembra o papel central da discussão sobre os direitos dos povos indígenas nas raízes da formação do Direito Internacional

“60 As violações dos direitos dos povos indígenas, e as reparações devidas a estes últimos, se encontram, com efeito, nas raízes do

processo histórico de formação do direito de gentes, do *jus gentium*. Demonstram-no com veemência, no século XVI, as célebres Relecciones Teológicas de Francisco de Vitoria, em particular sua célebre *De Indis – Relectio Prior* (1538-1539), assim como os Tratados Doutrinários (1552-1553) de Bartolomé de las Casas. Ambos autores se fundamentam no jusnaturalismo para desenvolver seus sólidos argumentos em defesa dos direitos dos povos indígenas.”³¹ (tradução livre)

Por fim, assinala o Juiz A. A. Cançado Trindade, em seu Voto *Razonado*, que de modo inovador em relação ao Caso Yaky Axa, a Corte declarou violado também o artigo 3 da Convenção em prejuízo das dezoito crianças falecidas que não possuíam certidões de nascimento, óbito ou qualquer outro documento de identificação, ressaltando ainda que outros membros da comunidade poderiam estar em situação análoga.

Ainda em continuidade do parâmetro utilizado no caso Yakye Axa, os membros da Comunidade Sawhoyamaxa também foram individualizados através de um censo realizado em 2.006, no qual as quatrocentas e sete pessoas foram distribuídas em oitenta e três famílias, com a devida ressalva de que, devido às condições inerentes ao grupo, este número poderia sofrer variações ao longo do tempo.

Entretanto, com exceção das indenizações outorgadas aos familiares das dezenove vítimas falecidas, as reparações às violações declaradas pela Corte, tal como no caso Yakye Axa, tiveram um caráter coletivo, beneficiando a comunidade como um todo, através da entrega de indenizações aos líderes da comunidade e da outorga de fundos de desenvolvimento e políticas públicas de saúde, saneamento, alimentação e combate ao sub-registro.

c) Caso *Xâkmok Kásek* (2010)

Antes de adentrarmos no estudo deste terceiro caso, é necessário notar alguns avanços jurisprudenciais alcançados no caso Saramaka, que é outro precedente da Corte em matéria de reivindicação, por um povo afrodescendente, do reconhecimento estatal de seu território comunal, bem como pelo direito de uso e gozo de seus recursos naturais, com fatos muito similares aos narrados nos casos indígenas e tribais anteriormente julgados,³²

No caso do Povo Saramaka, a questão da violação do artigo 3 da Convenção Americana foi posta perante a Corte no bojo da intrincada rela-

ção entre a violação do direito de acesso à Justiça e os reclamos territoriais, nos termos seguintes:

“165. Uma vez que se enfatizou que o povo Saramaka é um grupo tribal distinto, cujos membros gozam e exercem certos direitos de maneira coletiva, a Corte tratará agora do segundo argumento do Estado a respeito da possibilidade de reconhecer a personalidade jurídica de um grupo, mais do que a personalidade de seus membros individuais.”³³ (tradução livre)

Em sua fundamentação, a Corte observou que:

“174. Em conclusão, o povo Saramaka é uma entidade tribal distinta que se encontra em uma situação de vulnerabilidade, tanto a respeito do Estado como de terceiros particulares, em tanto que carecem de personalidade jurídica para gozar, coletivamente, do direito à propriedade e para reclamar da suposta violação de dito direito perante os tribunais internos. A Corte considera que o Estado deve reconhecer aos integrantes do povo Saramaka dita capacidade para exercer plenamente estes direitos de maneira coletiva. Isso pode ser conseguido mediante a adoção de medidas legislativas ou de outra índole que reconheçam e tomem em conta o modo particular no qual o povo Saramaka se percebe como coletivamente capaz de exercer e gozar do direito à propriedade. Portanto, o Estado deve estabelecer as condições judiciais e administrativas necessárias para garantir a possibilidade de reconhecimento de sua personalidade jurídica, através da realização de consultas com o povo Saramaka, com pleno respeito a seus costumes e tradições, e com o objetivo de assegurar-lhe o uso e o gozo de seu território de conformidade com seu sistema de propriedade comunal, assim como do direito de acesso à justiça e igualdade perante a lei.”³⁴ (tradução livre)

É importante destacar que, neste precedente, a Corte rompeu com a prática de individualização dos membros deste povo, inexistindo a identificação nominal de cada parte lesionada, devido ao tamanho e diversidade geográfica do povo Saramaka e, particularmente, devido à natureza coletiva das reparações que seriam outorgadas.³⁵

Não obstante, a Corte ressaltou que consideraria os membros do povo Saramaka identificado segundo o direito consuetudinário, visto que cada um de seus membros pertence a umas das doze linhagens maternas saramakas e prossegue:

“Portanto, conforme a jurisprudência da Corte a respeito dos povos indígenas e tribais, a Corte considera como ‘parte lesionada’ no presente caso os membros do povo Saramaka que em seu caráter de vítimas das violações estabelecidas na presente Sentença (...), são os beneficiários das formas coletivas de reparações que fixa o Tribunal”³⁶ (tradução livre)

Sob esta fundamentação, o ponto resolutivo 5 da sentença proferida pela Corte no Caso Saramaka declarou a violação pelo Estado, em prejuízo dos membros deste povo, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, disposta no artigo 3 da Convenção Americana, relacionando esta violação com aquelas já mencionadas aos direitos de propriedade comunal e proteção judicial.

Entretanto, é necessário admitir-se que este avanço foi tímido e contraditório. A violação do artigo 3 da Convenção reconhecida pelo ponto resolutivo n. 5 decorre do descumprimento das normas internas que garantem o exercício dos direitos de propriedade e de proteção judicial à comunidade tribal como pessoa jurídica coletiva. Assim, é como se houvesse, no entender da Corte, uma divisão dos sujeitos que, no plano do direito interno são coletividades e, no plano do direito internacional dos direitos humanos são individualmente considerados. Portanto, seguindo os passos dos casos anteriores, as vítimas do caso continuam sendo os membros do povo Saramaka, apesar da violação ter sido cometida, explicitamente, contra o povo como um todo.

Já no caso Xákmok Kásek, cerca de três anos mais tarde, a Corte prosseguiu na sua linha de jurisprudência, firmada nos casos anteriores, declarando a violação dos artigos 4.1, 21, 8 e 25 em prejuízo dos membros da comunidade e dos artigos 3 e 4.1 em prejuízo das crianças falecidas no assentamento à beira da estrada.

Outrossim, alguns avanços e retrocessos podem ser apontados, sucintamente. Por um lado, como aspectos positivos, tem-se, por exemplo, o reconhecimento pela Corte da violação ao artigo 5, que havia sido rechaçado na sentença do caso Sawhoyamaxa, em prejuízo dos membros do grupo; a declaração da violação autônoma do artigo 19 da Convenção em prejuízo das crianças da comunidade, e o importante reconhecimento de uma violação autônoma do dever estatal de não discriminação previsto no artigo 1.1 da Convenção. Por outro lado, entendemos como um grave recuo jurisprudencial a desvinculação da análise da integridade cultural indígena do direito à vida (artigo 4 da CADH), para vinculá-la à questão

territorial debatida no âmbito do artigo 21 da Convenção.³⁷

No que tange, particularmente, ao tema da subjetividade coletiva, a Corte consignou no parágrafo 255 desta sentença, *infra* transcrito, que, por entender como insuficientes os argumentos e provas, desconsideraria a violação do artigo 3, alegado com vistas ao reconhecimento da violação ao direito de personalidade jurídica da comunidade em si mesma. Se comparado com o caso Saramaka, em que foi alegada com êxito a violação do artigo 3 da Convenção Americana, pode-se afirmar até mesmo que este ponto do caso Xâkmok Kásek representou outro grave retrocesso nesta matéria:

“255. Os representantes assinalaram, adicionalmente, que ‘o Estado se encontra violando o direito à personalidade jurídica da Comunidade ao negar a composição étnica da [mesma]’. A respeito, o Tribunal já analisou o alegado pelos representantes nos Capítulos V.2 e VI. Ademais, se bem que ditos fatos constituem obstáculos para a titulação das terras, assim como afetações à autodeterminação da Comunidade Xâkmok Kásek, não se apresentou prova e e argumentação suficiente que permita a Corte declarar a violação autónoma do artigo 3 da Convenção em prejuízo da Comunidade.”³⁸ (tradução livre)

É certo que no caso Xâkmok Kásek a Corte Interamericana não se ateve tanto ao estabelecimento de listas de individualização de vítimas, que procuravam a muito custo relacionar os nomes de todos os membros das comunidades, conforme observado nos dois casos paraguaios anteriores. Porém, a “parte lesionada” seguiu sendo considerada pela Corte como sendo os membros da comunidade indígena Xâkmok Kásek.³⁹ Ademais, a prática jurisdicional constante, no sentido de determinar reparações aos efeitos coletivos das violações apontadas pela Corte, foi integralmente mantida.

Em *voto concurrente* à sentença deste caso, o juiz Eduardo Vio Grossi frisou que a Corte Interamericana ao determinar as violações de direitos humanos em prejuízo dos membros de comunidades indígenas, o faz com fundamento na interpretação literal do artigo 1.2 da Convenção Americana que define a “pessoa” titular de todos os direitos previstos neste instrumento como “ser humano”.

Porém, nesse mesmo voto, defende um aprofundamento do que denomina de um “desenvolvimento progressivo” em matéria de povos indígenas. Após referir os textos internacionais

relacionados a este tema, como principalmente, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre comunidades indígenas e povos tribais, o juiz Eduardo Vio Grossi propõe uma nova interpretação, cujas bases acredita já terem sido lançadas pela Corte em seus precedentes. Sendo assim, conclui que:

“26. Todo o anterior, permitiria, portanto, chegar a uma compreensão mais ampla do disposto no artigo 1 da Convenção, para que a obrigação de respeitar e garantir a toda pessoa o exercício dos direitos nela consagrados incluísse também as coletividades ou comunidades, como os povos indígenas, na medida em que tais entidades se lhes reconhece ao menos alguns desses direitos, os quais, por fim, seus membros poderiam disfrutar e exercer, unicamente, por seu intermédio e em razão de que formam parte da mesma, o que, em definitivo implicaria que não seriam unicamente de caráter individual.

27. Em outras palavras, tendo em conta o precedentemente exposto e aplicando o previsto no artigo 29.b e 29.d da Convenção, se poderia concluir que, de acordo com o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, seria procedente, por uma parte, incluir no termo “pessoa” contido em diversos artigos daquela e e como vítimas de violações a direitos consagrados pela mesma, não só os membros, individualmente considerados, dos povos indígenas, senão também a estes últimos enquanto tais e por outra parte, conseqüentemente considerar entre estes direitos concernentes a ditos povos, com o que não só se faria justiça, mas também a jurisprudencia se posicionaria assim, mais nitidamente e sem margem para equívocos, na moderna tendencia em que se estaria perfilando com cada vez maior nitidez o Direito Internacional que regula esta matéria.”⁴⁰ (tradução livre)

Assim, nos casos acima selecionados verifica-se com clareza uma grave inconformidade, pois, apesar da Corte reconhecer o estreito vínculo comunal entre os membros da comunidade indígena vitimada e destes com suas terras ancestrais, neles são declaradas como vítimas os membros da comunidade indígena e não a comunidade indígena em si mesma, independentemente da pessoa de seus membros.

3. ANÁLISE DO CASO DO POVO KICHWA DE SARAYAKU (2012)

Os fatos que fundamentam a apresentação deste caso perante a Corte relacionam-se com a outorga pelo Estado equatoriano, em meados da década de 1990, de uma permissão a uma empresa petroleira privada, para a realização de atividades de exploração deste recurso, mediante o uso de explosivos, no território do povo indígena Kichwa de Sarayaku, sem consultá-lo previamente e, por conseguinte, sem a obtenção de seu consentimento.

Em 21/04/2012, por ocasião da inédita diligência realizada por uma delegação de juízes da Corte Interamericana, no local onde ocorreram os fatos do presente caso, o Estado equatoriano efetuou um reconhecimento amplo e genérico de sua responsabilidade internacional, fazendo cessar a controvérsia fática deste caso. Sem embargo, a Corte prosseguiu no julgamento com o intuito de precisar os fatos ocorridos, as violações perpetradas, bem como determinar as reparações devidas. Assim, em virtude do interesse público interamericano inerente ao contexto do caso, que reproduz, em certa medida, situações vivenciadas em outros Estados da Região, esta sentença propiciou o desenvolvimento de importantes questões jurídicas pela Corte.

Nesse sentido, a Corte fez constar nesta sentença que, a diferença dos casos sobre territorialidade indígena e tribal anteriores, não se discutia, neste caso, o direito do povo Sarayaku às suas terras ancestrais, pois o Estado já havia reconhecido este direito internamente,⁴¹ razão pela qual a Corte teceu considerações apenas acerca da obrigação de garantia do direito à consulta, relacionando-o com os direitos à propriedade comunal e à identidade cultural do povo Sarayaku.⁴²

Sendo assim, após reiterar sua vasta jurisprudência acerca da interpretação do artigo 21 da CADH, ressaltando o profundo laço cultural que une o povo Sarayaku a seu território ancestral,⁴³ a Corte considerou que a integridade cultural é um direito fundamental e de natureza coletiva das comunidades indígenas, devendo ser respeitado em uma sociedade multicultural, pluralista e democrática, o que implica na obrigação dos Estados de garantir aos povos indígenas o direito à consulta acerca de assuntos que incidam ou possam incidir em sua vida cultural e social, de acordo com seus valores, usos, costumes e formas de organização⁴⁴.

A forte dimensão coletiva do direito à integridade cultural é evidenciada, em seguida, pela

Corte ao assinalar a importância dos lugares de valor simbólico para a cultura do povo Sarayaku, como autêntico sujeito coletivo,⁴⁵ concluindo que:

“Em anteriores oportunidades, em casos relativos a comunidades ou povos indígenas e tribais o Tribunal declarou violações em prejuízo dos integrantes ou membros das comunidades e povos indígenas ou tribais. Sem embargo a normativa internacional relativa a povos e comunidades indígenas ou tribais reconhece direitos aos povos como sujeitos coletivos do Direito Internacional e não unicamente a seus membros. Posto que os povos e comunidades indígenas ou tribais, coesos por suas particulares formas de vida e identidade, exercem alguns direitos reconhecidos pela Convenção desde uma dimensão coletiva, a Corte assinala que as considerações de direito expressas ou vertidas na presente sentença devem entender-se desde dita perspectiva coletiva.”⁴⁶ (tradução livre)

Sob esta nova perspectiva, a Corte definiu, como “parte lesionada”, o próprio povo indígena Kichwa de Sarayaku, que sofreu violações ao direito à consulta em relação com o direito à propriedade comunal e integridade cultural; vida e integridade pessoal em relação com o direito à propriedade comunal,⁴⁷ e o direito às garantias judiciais e proteção judicial,⁴⁸ determinando, a seguir, reparações de natureza e alcance coletivos, tal como desenvolvido em sua jurisprudência constante.

Em suma, a partir do caso do povo Kichwa de Sarayaku, a dimensão coletiva dos direitos humanos violados é considerada pela Corte Interamericana não apenas para efeito de outorga de reparações coletivas, mas também fundamenta o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos titulares do exercício e gozo destes direitos, conciliando-se, enfim, com a normativa internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora tenha desenvolvido uma jurisprudência profundamente inovadora em termos de outorga de reparações coletivas em benefício de povos indígenas, a partir da sentença do caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni (2001), a Corte conservou, por cerca de uma década, o entendimento segundo o qual sua competência *ratione personae* estava restrita à literalidade do artigo 1.2 da CADH, o qual define pessoa, para os fins desta Convenção, como sendo apenas o “ser humano”.

Nesse sentido, antes de adentrar no exame das reparações a serem determinadas pela senten-

ça, a Corte aplicava a regra da individualização das vítimas, a fim de identificar com precisão a “parte lesionada” beneficiária destas medidas reparatórias. Esta regra, consoante exposto no presente estudo de jurisprudência, passou a ser aplicada com maior rigor a partir da sentença de reparações do caso do massacre de Plan de Sánchez, em que pese as inúmeras dificuldades de identificação das vítimas em casos de violações em massa de direitos humanos, conforme constatado no próprio caso do massacre de Plan de Sánchez (2004) e no posterior caso Moiwana (2005), assim como nos casos das comunidades indígenas paraguaias Yakye Axa e Sawhoyamaya, deslocadas de seus territórios ancestrais (2005-2006). Somente nos casos do povo Saramaka (2007) e comunidade indígena Xâkmok Kásek (2010), as listas de vítimas foram dispensadas, porém, a Corte seguia declarando os membros da comunidade indígena ou do povo tribal como vítimas das violações (e não a comunidade ou tribo em si mesma)

Finalmente, na sentença do caso do povo Kichwa de Sarayaku (2012), houve uma mudança qualitativa nesse posicionamento, já que a Corte foi além da inexigibilidade de individualização da “parte lesionada”, ao considerar, de maneira expressa, as comunidades e povos indígenas ou tribais como autênticos sujeitos coletivos de direitos humanos, independentemente da pessoa de seus integrantes ou membros.

Diante desse panorama, resta formular uma resposta ao seguinte questionamento: Por que a Corte Interamericana resistia em considerar as comunidades indígenas como sujeitos coletivos, se, ao mesmo tempo, protegia o caráter comunal da propriedade territorial indígena e outorgava reparações de natureza coletiva em benefício da comunidade vitimada?

Apresentamos três possíveis razões fundamentais:

A primeira razão, de natureza normativista, está fincada na interpretação literal do artigo 1.2 da CADH. Ao definir pessoa como sendo todo o ser humano, para efeitos da aplicação da Convenção, o juiz Sergio García Ramírez sustentava em seus votos que a Corte não poderia extrapolar sua competência *ratione personae*. Não obstante, a Corte, ainda que sob este entendimento, consolidou uma notável prática de reparação dos efeitos coletivos dos danos por violações causadas aos membros das comunidades vitimadas.

Essa primeira objeção pode ser superada com elementos constantes no próprio plano normati-

vo, através de uma interpretação extensivo-criativa dos artigos 1.2 ou 3 da Convenção Americana:

Inicialmente, consoante consignado neste trabalho, os povos indígenas e tribais são titulares de direitos emanados de um vasto acervo de tratados e declarações internacionais, razão pela qual existem fundamentos suficientes para que a Corte possa proceder a uma interpretação evolutiva do artigo 1.2 da CADH, tal como o juiz Vio Grossi sustentou em seu voto no caso Xâkmok Kásek (2010).

Outrossim, a Corte pode declarar a violação do direito à personalidade jurídica prevista no artigo 3 da CADH em prejuízo da comunidade ou povo, tal como ensaiado no caso Saramaka (2007), mesmo porque as constituições protagonistas do novo constitucionalismo latino-americano, já reconhecem os povos indígenas e tribais como sujeitos coletivos, o que conduziria a uma desejável harmonia entre os planos do direito interno dos Estados da Região e o direito internacional dos direitos humanos.

Quanto à segunda razão, esta decorre das bases filosóficas fundadoras da teoria política moderna ocidental, que fundamentou a criação dos textos jurídicos sobre a proteção de direitos humanos, tanto no plano constitucional dos Estados, quanto no plano do direito internacional, desvelando-se a forte tradição liberal que forjou os termos do artigo 1.2 da Convenção Americana.

Essa tradição liberal, que marcou a formação dos movimentos constitucionalistas euro-americanos dos séculos XVIII e XIX e que, posteriormente, foi enraizada no processo de formação e implementação dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, afirma dois princípios fundamentais, a saber: O primeiro é que o ser humano é a unidade moral fundamental. O segundo é que todos os seres humanos são moralmente iguais.⁴⁹

Pois bem, é evidente que esses postulados revelam uma lógica individualista, a qual não atende às particularidades culturais dos povos ameríndios, mas foi a eles imposta através do processo de sujeição colonial e, posteriormente, pelas políticas assimilacionistas e integracionistas pós-coloniais dos séculos XIX e XX, apoiadas, naquela época, tanto pelo direito interno dos Estados latino-americanos, como pelo direito internacional.⁵⁰

No entanto, com a luta emancipatória dos povos indígenas, marcadamente a partir do final do século XX,⁵¹ quando estes se apoderaram dos mecanismos de proteção internacional dos

direitos humanos e suas demandas por reconhecimento de direitos chegaram ao Sistema Interamericano,⁵² essa contradição ficou explícita, já que todo o arcabouço normativo e os mecanismos de implementação centram-se na proteção individual da pessoa,⁵³ o que, certamente, não se adequa, em sua literalidade, à identidade coletiva dos povos indígenas.

Enfim, quanto à terceira razão, de natureza histórica, não nos parece coerente utilizar a experiência europeia do totalitarismo e do holocausto na Segunda Guerra Mundial, para justificar a repulsa à perspectiva coletiva dos direitos humanos em matéria de comunidades indígenas. Aliás, esta é uma objeção paradoxal, já que as vítimas das perseguições do regime nazi-fascista eram grupos de minorias religiosas, nacionais, raciais e políticas, ou seja, seres humanos vitimados por integrem um dado grupo estigmatizado pelo regime autoritário. Portanto, esta justificativa histórica é totalmente infundada, já que, no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o sujeito que se pretende proteger, coletivamente, é a própria vítima de violações em massa de direitos hu-

manos, o que, obviamente, não se confunde com um possível sujeito coletivo opressor.

Ademais, em matéria de proteção internacional dos direitos humanos dos povos indígenas, a perspectiva deve ser anterior. O marco histórico deve referir-se ao holocausto das *guerras justas* e à colonização, que provocaram não só o extermínio físico, mas também o extermínio da identidade cultural dos povos indígenas ameríndios. Deve-se buscar, portanto, uma fundamentação para além da norma que justifique o reconhecimento das comunidades indígenas como sujeitos de direito internacional dos direitos humanos.

Afinal, de acordo com Cançado Trindade, afirmar a personalidade jurídica dos seres humanos e sua plena capacidade jurídica a nível internacional para as violações de seus direitos, é ser fiel às origens históricas do próprio direito internacional – o direito das gentes,⁵⁴ fazendo-se necessário, portanto, remover os velhos obstáculos reafirmados ao longo do século XX para, enfim, construir-se a subjetividade e capacidade de agir das vítimas coletivas de violações de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ANAYA, James. *Indigenous Peoples in International Law*. 2. ed. Oxford University Press: Oxford, 2004.
- _____. International Human Rights and Indigenous Peoples: the move toward the multicultural state. *In: Arizona Journal of International and Comparative Law*, v. 21, primavera de 2004. pp. 13 e ss.
- _____. WILLIAMS JR. R. A. The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System. *In: Harvard Human Rights Journal*, v. 14, primavera de 2001. pp. 33 e ss.
- ARENDDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo – anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. S. Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BARSH, R. L., Indigenous Peoples in the 1990's: From object to subject of International Law? *In: Harvard Human Rights Journal*, v. 7, 1994. pp. 33 e ss.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: esencia y trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991 – 2006). México: Editorial Porrúa, 2007.
- _____. *International Law for Humankind: towards a new jus gentium*. *In: Collected Courses of Hague Academy of International Law*. 2005. v. 316. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, tomos I e II.
- CHING-SOTO, Lilly G. Reparations in the Inter-American System of Human Rights: an analysis of the jurisprudence on collective – cases of indigenous peoples and the economic, social and cultural aspects of their reparations. *In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 10, 2010. pp. 221 e ss.
- CONTRERAS-GARDUÑO, Diana e ROMBOUITS, Sebastiaan. Collective Reparations for indigenous communities before the Inter-American Court of Human Rights. *In: Mercurius – Criminal Justice and Human Rights*. v. 27. 2010, pp. 7 e ss.
- GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El Derecho en América Latina – un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*. Buenos Aires Siglo Veintiuno Editores, 2011. (arquivo em formato PDF).
- JONES, Peter (ed.). *Group Rights*. Farnham, England; Burlington, VT: Ashgate, 2009.
- MACKLEM, P. Indigenous Recognition in International Law: theoretical observations. *In: Michigan Journal of International Law*, v. 30, outono de 2008. pp. 177 e ss.
- MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no sistema interamericano de direitos humanos *In: SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 3, n. 4, pp. 30-47, jan./jun. 2006.
- MIRANDA, Lillian Aponte. Uploading the Local: Assessing the Contemporary Relationship Between Indigenous Peoples' Land Tenure Systems and International Human Rights Law Regarding the Allocation of Traditional Lands and Resources in Latin America. *In: Oregon Review of International Law*. v. 10, 2008, p. 419.
- PARISH, Austen L. Theoretical Approaches to International Indigenous Rights: Changing territoriality, fading sovereignty, and the development of indigenous rights. *In: American Indian Law Review*. v. 31, 2006, p. 291.
- VERDUM, Ricardo (org.). *Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioculturais, 2009. (Arquivo em formato PDF)
- WIESSNER, Siegfried. The Rights and Status of Indigenous Peoples: A global comparative and international legal analysis. *In: Harvard Human Rights Journal*. v. 12, 1999, p. 57.

NOTAS

1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH carrega em seu texto a tradição liberal da concepção dos direitos humanos e é nesse sentido que a definição de pessoa, como sendo todo o ser humano, constante no seu artigo 1.2 possui um forte viés individualista.
2. Embora o caso Yatama contra Nicarágua (2005) não se refira, diretamente, a reclamos territoriais de povos indígenas sobre suas terras ancestrais e recursos naturais, trata-se de um importante precedente na jurisprudência indigenista interamericana que será oportunamente estudado no presente trabalho.
3. Notamos que a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas, que são as duas principais normas sobre o tema, utilizam genericamente o termo “povo” e os casos levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos utilizaram, até o advento do caso do Povo Kichwa de Sarayaku (2012), o termo “comunidade” para designar a coletividade vitimada. Diante dessa diferença terminológica, é necessário precisar que, para os fins das análises deste trabalho, denominaremos “povo” como sendo a nação indígena a qual a “comunidade” (aldeia ou tribo) indígena pertence. Os “povos” (ou “nações”) indígenas distinguem-se entre si, em geral, pelo tronco linguístico ao qual pertencem. Já as “comunidades” (“aldeias” ou “tribos”) indígenas que integram estes “povos” ou “nações” distinguem-se pelo espaço territorial a que estão relacionados todos os elementos sociais, políticos, econômicos, culturais e espirituais formadores de sua cosmovisão.
4. Dispõe o artigo 1: “A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.
2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.” (Tradução não oficial) (International Labour Organization (1989). The ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 (No. 169). Disponível em: <http://www.ilo.org>).
5. Além das linhas gerais traçadas no preâmbulo, dispõe o artigo 1: “Os indígenas têm direito, como povos ou como pessoas, ao desfrute pleno de todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela normativa internacional dos direitos humanos”; bem como dita o artigo 33: “1. Os povos indígenas têm o direito de determinar sua própria identidade ou composição conforme seus costumes e tradições. Isso não prejudica o direito dos indígenas de obterem a cidadania dos Estados onde vivem. 2. Os povos indígenas têm o direito de determinar as estruturas e de eleger a composição de suas instituições em conformidade com seus próprios procedimentos”. (ONU. Assembleia Geral (2007). *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, UN Doc A/RES 61/295. Disponível em: <http://www.ohchr.org> e <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii>)
6. Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Reparações e Custas. Sentença de 10 de setembro de 1993. Serie C No. 15. Neste caso a Corte tomou em conta na determinação do montante das reparações aos familiares das vítimas o direito consuetudinário do povo Saramaka, no qual prevalecia a poligamia. A quantia das reparações por danos foi estendida a quarenta e seis parentes (dentre viúvas e seus filhos) das sete vítimas falecidas. Apesar de suscitado pela Comissão, a Corte não considerou o clã como vítima. No entanto, como medida de satisfação com efeito coletivo, a Corte determinou que o Estado tomasse medidas nas áreas de educação e saúde em favor dos moradores do vilarejo (parágrafo 96).
7. Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C No. 70. Neste caso a Corte levou em consideração o direito dos familiares da pessoa forçadamente desaparecida a dar sepultura digna aos seus restos mortais e a repercussão desta questão na cultura do povo indígena maia.

8. Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. *Voto Razonado Conjunto* dos juízes Cançado Trindade, Pacheco Gómez e Abreu Burelli, pars. 12 e 13.
9. Enquanto a Corte Europeia de Direitos Humanos concentra sua prática em uma interpretação mais restritiva do artigo 41 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, outorgando reparações de cunho indenizatório, a Corte Interamericana ampliou o alcance do artigo 63.1 da Convenção Americana, aplicando, simultaneamente, os seguintes tipos de reparações: restituição, indenização, satisfação, reabilitação e garantias de não repetição, em uma dimensão individual ou coletiva ou ainda combinando ambas as dimensões, de acordo com cada caso concreto.
10. Cfr. Artigos 5º., 89 e 180 da Constituição; Lei nº. 28, de 30/10/1987; Decreto nº. 16, de 23/08/1996.
11. Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79, par. 149.
12. *Idem*, par. 167.
13. Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. *Voto Razonado Concorrente* do juiz Sergio Garcia Ramírez. pars. 14.
14. *Ibidem*.
15. Em posição crítica a este respeito, veja-se o *Voto Razonado* do juiz A. A. Cançado Trindade.
16. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2004. Série C No. 116, par. 60 e seguintes.
17. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2004. Série C No. 116, pars. 85 e 86.
18. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2004. Série C No. 116. *Voto Razonado* do juiz Sergio Garcia Ramírez, pars. 1-14.
19. *Idem*, pars. 1-5 e 10.
20. *Idem*, par. 6.
21. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C No. 125, par. 124 e ss.; Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C No. 146, par. 117 e ss.; Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010 Série C No. 214, par. 85 e ss.
22. Cfr.: Artigo 64 da Constituição do Paraguai de 1992.
23. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C No. 125, par. 176.
24. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C No. 125, pars. 205, 206 e 218.
25. Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C No. 124, pars. 130-135.
26. *Idem*, pars. 201 e 214.
27. Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C No. 124. *Voto Separado* do juiz A. A. Cançado Trindade, pars. 5-12.
28. Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C No. 127. *Voto Concorrente* do juiz Sergio Garcia Ramírez, par. 6.
29. *Idem*, par. 7.
30. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C No. 146. *Voto Razonado* do Juiz A. A. Cançado Trindade, pars. 22-28.
31. *Idem*, par. 60.
32. Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C No. 172, par. 77 e ss.
33. Corte IDH. *Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C No. 172, par. 165.

34. *Idem*, par. 174.
35. *Idem*, par. 188.
36. *Idem*, pars. 188 e 189..
37. Apesar dos avanços conquistados no caso do povo Kichwa de Sarayaku (2012), em matéria de subjetividade coletiva dos povos indígenas e tribais, consoante será analisado a seguir, esta desvinculação do direito à integridade cultural em relação ao direito a vida foi mantida.
38. Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, par. 255.
39. *Idem*. par. 278.
40. Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. *Voto Concorrente* do juiz Eduardo Vio Grossi, pars. 26-27.
41. É valioso notar que a Constituição do Equador de 2008 é uma das mais avançadas no tratamento dos direitos dos povos indígenas nas Américas. Nesse sentido, merecem consulta os artigos 57 e 83-85
42. Corte IDH. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C No. 245. par. 124.
43. *Idem*, pars. 145 e ss.
44. *Idem*, par. 217.
45. *Idem*, par. 219.
46. *Idem*, par. 231.
47. Apesar da sentença considerar, neste ponto, o povo Sarayaku como parte lesionada em relação ao direito à vida e à integridade pessoal, os parágrafos 244 a 249, 265 a 271 e o ponto resolutivo 3 fazem referência aos membros deste povo como vítimas.
48. Corte IDH. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C No. 245, par. 284.
49. FREEMAN, Michael. Are there collective human rights? *In*: JONES, Peter (ed.). *Group Rights*. Farnham, England; Burlington, VT: Ashgate, 2009, p. 409.
50. Cfr., dentre outras, as obras de GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El Derecho en América Latina – un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*. Buenos Aires Siglo Veintiuno Editores, 2011; e VERDUM, Ricardo (org.). *Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioculturais, 2009.
51. Para um panorama detalhado deste processo emancipatório tanto no âmbito das Nações Unidas quanto regionais, veja-se: BARSH, R. L., *Indigenous Peoples in the 1990's: From object to subject of International Law?*, in: *Harvard Human Rights Journal*, v. 7, 1994, p. 33.
52. Sobre as ações emancipatórias do movimento indigenista latino-americano a partir da década de 1960 e sobre os primeiros casos levados ao Sistema Interamericano, veja-se: ANAYA, S. J., WILLIAMS JR. R. A. *The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System*. in: *Harvard Human Rights Journal*, v. 14, primavera de 2001, p. 33.
53. Apenas para citar dois exemplos: O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos dita que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.” (aprovada em dezembro de 1948, pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas). No preâmbulo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem consta “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros.” (aprovada em abril de 1948, pela IX Conferência Internacional Americana em Bogotá)..
54. CANÇADO TRINDADE, A. A. *Lê nouveau règlement de la Cour Intéramericaine des Droits de l'Homme: quelques réflexions sur la condition de l'individu comme sujet du Droit International*. *In*: A Humanização do Direito Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 143.

ANEXOS

ADDRESS TO THE U.N. HUMAN RIGHTS COMMITTEE ON THE OCCASION OF THE COMMEMORATION OF ITS 100TH SESSION (2010)¹



Antônio Augusto Cançado Trindade

Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Judge of the International Court of Justice; Emeritus Professor of International Law of the University of Brasília, Brazil; Honorary Professor of Utrecht University; Honorary Fellow of the University of Cambridge; Member of the *Curatorium* of The Hague Academy of International, and of the *Institut de Droit International*

I. INTRODUCTION

1. This is a significant day to all those devoted to the international protection of human rights: we all gather today, 29 October 2010, here at the United Nations Headquarters in Geneva, to commemorate the 100th session of the U.N. Human Rights Committee, the organ established by the International Covenant on Human Rights to supervise compliance with its provisions. The Committee has been doing so, along the years of its existence, in the faithful exercise of its functions, by means either of its *Views* on communications under the Optional Protocol (Article 5(4)), or of its *Concluding Observations* on reports of States Parties to the Covenant, or else of its *General Comments*.

2. I am particularly honoured by, and grateful for, the kind invitation to address this commemorative act of the 100th session of the Committee. More than three decades ago, by the end of 1977 and the beginning of 1978, I had the occasion to assist in the processing, in the old U.N. Division of Human Rights, here at the *Palais des Nations* in Geneva, of the first lot of communications, for examination by the Human Rights Committee. The great majority of them conformed what came to be known, in those days, as the cycle of cases concerning Uruguay. Much of South America was, in those years, plagued by authoritarian and repressive regimes, which became one of the earliest challenges faced by the Human Rights Committee in its history. Today, 33 years later, if we look back, we are bound to express our recognition for the significant contribution, in all

continents, of the Human Rights Committee, to the international protection of human rights.

II. VIEWS ON COMMUNICATIONS

3. In so far as the petitioning system is concerned, the Committee's handling of communications provides a clear illustration of its interpretation of the Covenant provisions concerning the absolute prohibition of torture or ill-treatment, a wide range of protected rights (such as the right to life, the right to a fair hearing, the right to liberty and security of person, the right to freedom of movement, the right of aliens not to be expelled arbitrarily, the right to privacy and family and reputation, among others). The Committee has further interpreted the Covenant's provisions on, e.g., the prohibition of slavery, servitude and forced labour, as well as its provisions on fundamental freedoms (such as the freedom of thought and conscience and religion, the freedom of expression, the freedoms of assembly and association).

4. By means of its *Views* on communications, the Committee has further interpreted the Covenant to deal with crucial issues, such as, for example, that of non-derogable rights and states of emergency². In relation to another key issue, that of non-discrimination, the Committee gave a pioneering contribution when, in its views in the cases of *Broeks and Zwaan-de Vries versus The Netherlands* in 1987, it found a breach of Article 26 of the Covenant in respect of social security benefits, and upheld, in a ground-breaking way, an autonomous right to non-discrimination, thus paving the way for further developments on the issue.

5. It is, moreover, deserving of singling out the way the Committee has tackled the issue of *arbitrariness* of public authorities, in its Views on communications. The Committee has avoided equating *arbitrariness* only with the expression “against the law”. Thus, in the *Marques de Morais versus Angola* case (2005), *inter alia*, it gave *arbitrariness* a broader interpretation, so as to encompass elements of injustice, lack of due process of law, inappropriateness, and lack of predictability. Likewise, earlier on, in the *R. Mojica versus Dominican Republic* case (1994) and in the *Tshishimbi versus Zaire* case (1996), the Committee warned that an interpretation that would allow States Parties “to tolerate, condone or ignore” threats made by public authorities to the personal liberty and security of non-detained individuals under the jurisdiction of the States Parties concerned, “would render ineffective the guarantees of the Covenant.”³

III. CONCLUDING OBSERVATIONS ON REPORTS OF STATES PARTIES

6. In so far as the reporting system is concerned, by means of its *Concluding Observations* the Human Rights Committee has, along the years of its operation, contributed to give precision to the scope of the rights protected under the Covenant, as well as to the corresponding obligations incumbent upon States Parties. Moreover, the Committee has, in the exercise of this function, at times disclosed the impact of the International Law of Human Rights upon distinct chapters of Public International Law: a pertinent illustration is provided by its acknowledgment of the continuity of human rights obligations in cases of State succession⁴. Last but not least, by discharging its tasks in respect of the reporting system under the Covenant, the Committee has undertaken a *continuous monitoring* of the situation of human rights in States Parties around the world.

IV. GENERAL COMMENTS

7. By means of its *General Comments*, the Human Rights Committee has provided invaluable guidance to its interpretation of the relevant provisions of the Covenant on Civil and Political Rights. Its successive *General Comments* (33 to date) have covered a wide range of topics. The *principle of humanity* underlies the two *general comments*, ns. 9 (1982, para. 3) and 21 (1992, para. 4) on Article 10 of the Covenant (humane treatment of persons deprived of their liberty).

The principle of humanity, usually invoked in the domain of International Humanitarian Law, thus extends itself also to that of International Human Rights Law. And, as the Committee rightly stated in its *general comment* n. 31 (2004), “both spheres of law are complementary, not mutually exclusive” (para. 11).

8. The principle of humanity, thus understood in its wide dimension, permeates the Committee’s consideration of the fundamental right to life (Article 6) *lato sensu*, in its *general comments* ns. 6 (1982 para. 2) and 14 (1984, paras. 2-7). The Committee stresses therein the “supreme duty” to prevent wars and other acts of mass violence (which “continue to be a scourge of humanity”), and calls upon all States, “in the interest of mankind”, to rid the world of the menace of nuclear weapons. The Committee has likewise devoted special attention to the fundamental principle of non-discrimination: in its *general comment* n. 18 (1989), the Committee singles out the wide scope of that fundamental principle, by pointing out that while Article 2 circumscribes the rights to be protected against discrimination to those enshrined into the Covenant, Article 26 goes much further in providing in itself an autonomous right, and in prohibiting discrimination “in law or in fact in any field regulated and protected by public authorities”(para. 12).

9. In its recent and lengthy *general comment* n. 32 (2007), the Committee identified the right to equality before the courts and tribunals and to a fair trial, as “a key element of human rights protection” and “a procedural means to safeguard the rule of law” (para.2). In the Committee’s understanding, Article 14 of the Covenant contains guarantees that “States Parties must respect, regardless of their legal traditions and their domestic law” (para.4). Thus, to deviate from the fundamental principles of fair trial, encompassing the presumption of innocence, “is prohibited at all times” (para.6).

10. This whole issue is linked to *access to justice* itself, as Article 14 encompasses the right of access to the courts and tribunals and to equality before them. This right

“is not limited to citizens of States Parties, but must also be available to all individuals, regardless of nationality or statelessness, or whatever their status, whether asylum-seekers, refugees, migrant workers, unaccompanied children or other persons, who may find themselves in the territory or subject to the jurisdiction of the State Party”(para.9).

11. The Committee added that the guarantees of Article 14 - in particular that of equality of all persons before the courts and tribunals - apply in all circumstances, including when domestic law entrusts a judicial body with the task of deciding about expulsions and deportations (para.62). The issue was also examined by the Committee in its *general comment* n. 15 (1986), wherein it pondered that Article 13 of the Covenant clearly aims at preventing arbitrary expulsions, in providing that expulsions can only be carried out "in pursuance of a decision reached in accordance with law", without discrimination, and giving the alien the means to pursue his appeal against expulsion (para.10).

12. Some of the *general comments* of the Human Rights Committee, on certain issues of substantive as well as procedural law, were soon to echo in other mechanisms of human rights protection, both at U.N. and at regional levels. Such was the case, for example, of *general comment* n. 24 (1994), on issues relating to reservations to the Covenant on Civil and Political Rights or the Optional Protocols thereto. I promptly captured this contribution of the Committee, in my Separate Opinions in the *Blake versus Guatemala* case (Judgments on Preliminary Objections, Merits, and Reparations), decided shortly afterwards by the Inter-American Court of Human Rights.

13. And, throughout my years of Presidency of the Inter-American Court (1999-2004), I kept in mind the keen awareness, on the part of the Human Rights Committee, of the *time factor* in the settlement of cases raising issues of competence *ratione temporis*. In this respect, reference can also be made to the Committee's *general comment* n. 26 (1997), on the *continuity* of obligations, with an incidence in another area of international law. The Committee boldly stated therein that "the Covenant is not the type of treaty which, by its nature, implies a right of denunciation" (para.3). In insisting that "international law does not permit a State which has ratified or acceded or succeeded to the Covenant to denounce it or withdraw from it" (para.5), the Committee reiterated the view that it has consistently taken in its long-standing practice, to the effect that

"The rights enshrined in the Covenant belong to the people living in the territory of the State Party. (...) Once the people are accorded the protection of the rights under the Covenant, such protection devolves with territory and continues to belong to them, notwithstanding change in government of the State Party, including dismemberment in more than one

State or State succession or any subsequent action of the State Party designed to divest them of the rights guaranteed by the Covenant" (para.4).

14. The general obligation of States Parties *to respect and to ensure* the rights recognized by the Covenant (Article 2(1)) was examined by the Committee in its *general comment* n. 31 (2004). Such general obligation, added to the specific obligations in respect of each of the protected rights, were all obligations *erga omnes partes*, as Article 2 is couched in such terms as to make it clear that "every State Party has a legal interest in the performance by every other State Party of its obligations" (para.2). The enjoyment of the protected rights is to be secured to all individuals, irrespective of any circumstances, under the jurisdiction of the State Party (para. 10). This applies also to cases of expulsions (para. 12). States Parties are thus to conform their domestic law and practices with the Covenant (para.13), and are to provide accessible and effective remedies to individuals to vindicate the protected rights (para. 15).

15. *General comment* n. 31 further asserts that States Parties are to secure the "direct applicability" of the Covenant provisions in domestic law, as well as the "interpretive effect" of the Covenant provisions in the application of domestic law (para. 15). Article 2(3) provides for reparations to individuals whose Covenant rights have been violated, and the Committee noted in this respect that reparations can consist of:

"restitution, rehabilitation and measures of satisfaction, such as public apologies, public memorials, guarantees of non-repetition and changes in relevant laws and practices, as well as bringing to justice the perpetrators of human rights violations" (para.16).

Last but not least, *general comment* n. 31 espoused the view that the individual's right to an effective remedy:

"may in certain circumstances require States Parties to provide for and implement provisional or interim measures to avoid *continuing situations* and to endeavour to repair at the earliest possible opportunity any harm that may have been caused by such violations."⁵

V. CONCLUSIONS

16. In the exercise of its functions, the Human Rights Committee has thus aptly identified, in its interpretation of the Covenant on Civil and Political Rights, the proper time and space

dimensions in all its consequences. Examples of the former are provided by its endorsement of the notions of *continuing situation*⁶ and *persistent effects*, in its handling of communications, as well as, in certain circumstances, of *potential victims*⁷. As to the latter, an example is provided by its endorsement of the *extra-territorial* application of the protected rights.

17. The hermeneutics pursued by the Human Rights Committee, on the basis of the general rule of treaty interpretation (Article 31 of the two Vienna Conventions on the law of Treaties of 1969 and 1986), has been proper to a system of protection which is ineluctably *victim-oriented*. It has disclosed distinct features, namely:

- a) it has pursued a hermeneutical criterion grounded on the principle *pro persona humana, pro victima*;
- b) it has pursued a holistic approach, relating the protected rights *inter se* (thus avoiding to consider them in isolation from each other), in a way conducive to the acknowledgement of the interdependence and indivisibility of all human rights;
- c) it has worked in the framework of the universality of human rights.

18. The contribution of the Human Rights Committee to the international protection of human rights has been reckoned within the United Nations system as a whole, and indeed beyond it, at regional level. There have been, in recent years, successive judgments of the European Court of Human Rights which refer to *Views* adopted by the Committee on communications. Likewise, the Inter-American Court of Human Rights, ever since my years serving and presiding it until now, has referred, in successive judgments, to the *Views*, as well as *General Comments*, of the Committee. And I am confident that the new African Court on Human and Peoples' Rights will be no exception to this trend.

19. Turning back to the universal level, the International Court of Justice, as the principal judicial organ of the United Nations, has, in the exercise of its contentious as well as advisory functions in recent years, referred either to relevant provisions of the Covenant on Civil and Political Rights, or to the work of its supervisory organ, the Human Rights Committee. Thus, as to contentious cases, in its Judgment in the case of *Armed Activities on the Territory of the Congo* (D.R. Congo *versus* Uganda, 19.12.2005), the

Court held that the Covenant provisions were applicable to the case. Shortly afterwards, in its Judgment in the case of the *Application of the Convention against Genocide* (Bosnia-Herzegovina *versus* Serbia and Montenegro, 26.02.2007), the Court recalled the wording of Articles 2 and 3 of the Covenant to support its interpretation of the meaning of the word "undertakes" in the Convention against Genocide (Article 1).

20. As to its advisory function, the ICJ held, in its Advisory Opinion on *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (09.07.2004), that the Covenant is not unconditionally suspended in times of conflict (para. 106), and that the Covenant applies outside the States Parties' territory when they exercise their jurisdiction therein, as emerges from the legislative history of the Covenant, as well as from the consistent practice of the Human Rights Committee (paras. 107-111 and 134). Earlier on, in its Advisory Opinion on the *Threat of Use of Nuclear Weapons* (08.07.1996), the ICJ referred to Article 6 (right to life) of the Covenant. Very recently, in my Separate Opinion in the Court's Advisory Opinion on *Accordance with International Law of the Declaration of Independence of Kosovo* (22.07.2010), I deemed it fit to refer to Article 1 of the Covenant(s) as well as to the Human Rights Committee's position on the States' automatic succession in respect of human rights treaties and on the extra-territorial application of human rights (paras. 154 and 191), - already referred to.

21. At the end of this incursion into the work of the Human Rights Committee, along its first 100 sessions, singling out some of the main positions it has adopted, in its *Views on Communications*, its *Concluding Observations* on States Reports, and its *General Comments*, and their repercussions, we can conclude that the Committee's contribution, through the interpretation of the Covenant, to the evolution of the International Law of Human Rights itself, has been remarkable. On the present commemoration of the 100th session of the Committee, may I present my compliments to it, and the expression of confidence that it will continue to render its invaluable contribution to the cause of the prevalence of human rights along its next 100 sessions. Thank you very much for your attention.

Geneva, 29 October 2010.
A.A.C.T.

NOTAS

1. Discurso proferido pelo Autor na Organização das Nações Unidas, no *Palais des Nations*, em Genebra, aos 29 de outubro de 2010; texto reproduzido de: 29 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2011) pp. 131-137.
2. Cf., e.g., [Various Authors] *Droits intangibles et états d'exception* (eds. D. Prémont et alii), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 1 ss.
3. Para. 5.4, in both cases. In the *L. Rajapakse versus Sri Lanka* case (2006), likewise, the Committee again pondered that personal security was to be safeguarded in distinct circumstances, also beyond the context of formal deprivation of liberty.
4. Cf., e.g., F. Pocar, "Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici ed Estradizione", in *Diritti dell'Uomo, Estradizione ed Espulsione* (Atti del Convegno di Ferrara di 1999 per Salutare G. Battaglini, ed. F. Salerno), Padua/Milan, Cedam, 2003, pp. 89-90.
5. Para. 19 (emphasis added).
6. On the origins of the notion of "continuing situation", and its configuration in international litigation and case-law, and in international legal conceptualization at normative level, cf.: ICJ, case of the *Jurisdictional Immunities of the State* (Counter-Claim, Germany versus Italy, Order of 06.07.2010), Dissenting Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, paras. 55-94.
7. The notion of "potential victim" was soon to mark presence in the evolving international case-law in the domain of international human rights protection; cf. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987), ch. XI, pp. 262-283.

THE RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE IN ITS WIDE DIMENSION¹

• • • • •
Antônio Augusto Cançado Trindade

Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Judge of the International Court of Justice; Emeritus Professor of International Law of the University of Brasília, Brazil; Honorary Professor of Utrecht University; Honorary Fellow of the University of Cambridge; Member of the *Curatorium* of The Hague Academy of International, and of the *Institut de Droit International*.

I. INTRODUCTION

It is with special satisfaction that I have acceded to the kind invitation of the Max-Planck Institute to return to it, in order to deliver the present keynote address, for two particular reasons: first, almost a decade ago I was here, at the Max-Planck Institute in Heidelberg, when, as then President of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), I celebrated an agreement of inter-institutional cooperation with the then Director of this Institute, Professor Rüdiger Wolfrum, which enabled young scholars of the two continents to pursue their research in the place of their choice. I also keep a good memory of my dialogues with Professor Rudolf Bernhardt, also former Director of this Institute and former President of the European Court of Human Rights in Strasbourg.

Having been following the modern history of this Institute, I am particularly pleased to be here in the company of its Director, Professor Armin von Bogdandy, as well as of Professor Mariela Morales Antoniazzi, among others. Secondly, in the lecture I delivered herein, almost one decade ago (which has been published in one of my recent books),² I addressed the topic of the condition of the individual as subject of international law, in the light of some historical changes then introduced in the *interna corporis* of the IACtHR during my Presidency. Nowadays I have the honour to render my services to another international jurisdiction, the International Court of Justice; yet, that subject keeps on accompanying me. Two years ago, I had the occasion to lecture on it, at the International Institute of Human Rights – the René Cassin Institute – in Strasbourg, and I deem it fit to retake it in my keynote address of today,

22 June 2011, here at the Max-Planck Institute in Heidelberg.

The right of access to justice (comprising the right to an effective domestic remedy and to its exercise with full judicial guarantees of the due process of law, and the faithful execution of the judgment), at national and international levels, is a fundamental cornerstone of the protection of human rights. It is provided for, e.g., under the human rights treaties endowed nowadays with international human rights tribunals, namely, the European Convention of Human Rights, the American Convention on Human Rights, and the African Charter on Human and Peoples' Rights. The right of access to justice conforms a true *right to the Law*, disclosing a conception of access to justice *lato sensu*.

II. THE NORMATIVE DIMENSION

In so far as access to international justice is concerned, the right of individual petition has proven to be an effective means of resolving not only cases pertaining to individuals, but also cases of massive and systematic violations of human rights. At normative level, the fundamental importance of the provision on the right of individual petition was reckoned in the corresponding *travaux préparatoires* of the three aforementioned regional Conventions of Human Rights. Under each of them the right of individual petition has, in practice, and not surprisingly, had a distinct historical development. Under the three Conventions, however, the pursuance of a wide conception *ratione personae* of the right of individual petition - a wide conception of the *legitimatío ad causam*, - has had the immediate effect of en-

of the Inter-American Court in the *Constitutional Tribunal and Ivcher Bronstein versus Peru* cases, Jurisdiction (1999), and in the *Hilaire, Constantine and Benjamin and Others versus Trinidad and Tobago* (Preliminary Objection, 2001).

The two aforementioned international human rights tribunals, by correctly resolving basic procedural issues raised in the aforementioned cases, have aptly made use of the techniques of public international law in order to strengthen their respective jurisdictions of protection of the human person. They have decisively safeguarded the integrity of the mechanisms of protection of the American and European Conventions on Human Rights, whereby the juridical emancipation of the human person *vis-à-vis* her own State is achieved.

V. THE JURISPRUDENTIAL DIMENSION

Such jurisprudential dimension (added to the aforementioned previous dimensions) is of the utmost importance, as it discloses the endeavours of international human rights tribunals to secure the effective protection (*effet utile*) of the rights provided for in the respective regional Human Rights Conventions. In this respect, in the Judgment (on preliminary objections) of the Inter-American Court of Human Rights in the case of *Castillo Petruzzi and Others versus Peru* (of 04.09.1998), I saw it fit, in a lengthy Concurring Opinion, to single out the *fundamental* character of the right of individual petition (Article 44 of the American Convention as the “cornerstone of the access of the individuals to the whole mechanism of protection of the American Convention” (pars. 3 and 36-38).⁶ After reviewing the *historia juris* of that right of petition (pars. 9-15), and the expansion of the notion of “victim” in the international case-law under human rights treaties (pars. 16-19), I referred to the *autonomy* of the right of individual petition *vis-à-vis* the domestic law of the States (pars. 21, 27 and 29), and added:

“(…) With the access of individuals to justice at international level, by means of the exercise of the right of individual petition, concrete expression was at last given to the recognition that the human rights to be protected are inherent to the human person and do not derive from the State. Accordingly, the action in their protection does not exhaust - cannot exhaust - itself in the action of the State. (...) Had it not been for the access to the international instance, justice would never have been done in their concrete cases. (...) It is by the free and full exercise of the right of individual

petition that the rights set forth in the Convention become *effective*” (pars. 33 and 35).

The *contentieux* of the leading case of the “*Street Children*” (case *Villagrán Morales and Others versus Guatemala*, 1999-2001) disclosed the importance of the direct access of individuals to the international jurisdiction, enabling them to vindicate their rights against the manifestations of the arbitrary power, and giving an ethical content to the norms of both domestic public law and international law.⁷ Its relevance was clearly demonstrated before the Court in the proceedings of that historical case, in which the mothers (and one grand-mother) of the murdered children, as poor and abandoned as their sons (and one grand-son), had access to the international jurisdiction, appeared before the Court,⁸ and, due to the Judgments as to the merits and reparations of the Inter-American Court,⁹ which found in their support, they could at least recover the faith in human justice.

Four years later, the case of the *Institute of Reeducation of Minors versus Paraguay* (Judgment of 02.09.2004) came once again to demonstrate, as I pointed out in my Separate Opinion (pars. 3-4), that the human being, even in the most adverse conditions, has emerged as subject of the International Law of Human Rights, endowed with full international juridico-procedural capacity. The Court's Judgment in this last case duly recognized the high relevance of the historical reforms introduced in the fourth and current Rules of Court (pars. 107, 120-121 and 126), in force as from 2001.¹⁰ in favour of the individuals' *titularity* of the protected rights. The aforementioned cases of the “*Street Children*” and of the *Institute of Reeducation of Minors* bear eloquent witness of such *titularity*, asserted and exercised before the Court, even in situations of the most extreme adversity.¹¹ To them, other cases can be added, with numerous other victims, - e.g., in infra-human conditions of detention, in forced displacement from their homes, in the condition of undocumented migrants, in situation of complete defencelessness, and even victims of massacres and their relatives, - which, despite so much adversity, have had access to international justice.

It is significant that cases of massacres, which some decades ago fell into oblivion, are nowadays brought before an international human rights tribunal, as exemplified by the Judgments of the Inter-American Court in the cases of the massacres of *Barrios Altos versus Peru* (of 14.03.2001), of *Plan de Sánchez versus Guate-*

mala (of 29.04.2004), of the *19 Tradesmen versus Colombia* (of 05.07.2004), of *Mapiripán versus Colombia* (of 17.09.2005), of the *Community Moiwana versus Suriname* (of 15.06.2005), of *Pueblo Bello versus Colombia* (of 31.01.2006), of *Ituango versus Colombia* (of 01.07.2006), of *Montero Aranguren and Others (Retén de Catia) versus Venezuela* (of 05.07.2006), of the *Prison of Castro Castro versus Peru* (of 25.11.2006), of *La Cantuta versus Peru* (of 29.11.2006).

VI. THE EPISTEMOLOGICAL DIMENSION

The International Law of Human Rights is ineluctably *victim-oriented*, and it could not be otherwise. The centrality of the victim in the international *contentieux* of human rights is unquestionable.¹² The right of access to justice, in its wide scope, is an imperative at both national and international levels. On this particular issue, there is a convergence between domestic public law and international law. From the perspective of the protected persons, effective domestic remedies integrate the international protection of human rights.¹³

1. The Right of Access to Justice *Lato Sensu*

The understanding of the matter at issue advanced by the Inter-American Court in its evolving case-law in recent years has been to the effect that the right of access to justice (*lato sensu*) at national and international levels amounts to the right to the realization of material justice. As such, it comprises not only the formal access to a tribunal or judge, but also respect for the guarantees of due process of law, the right to a fair trial, and to reparations (whenever they are due), and the faithful execution of judgments.¹⁴

2. Access to Justice as an Imperative of *Jus Cogens*

Ever since the Inter-American Court, in its pioneering Advisory Opinion n. 18 (of 17.09.2003), on the *Juridical Condition and the Rights of Undocumented Migrants*, rightly enlarged the material content of *jus cogens* so as to comprise also the fundamental principle of equality and non-discrimination (including equality before the law), I began insisting on the need of widening further that material content so as to encompass likewise the right of access to justice.¹⁵ I did so, *inter alia*, in my Separate Opinion (devoted to the right of access

to justice *lato sensu*) in the Court's Judgment (of 31.01.2006) in the case of the *Massacre of Pueblo Bello versus Colombia*, drawing attention to the fundamental importance precisely of that right of access to justice (par. 65).

It was in the case of *Goiburú and Others versus Paraguay* (Judgment of 22.09.2006), concerning the sinister "Operation Cóndor" of the so-called "intelligence services" of the countries of the Southern Cone of South America (at the time of the dictatorships of three decades ago) that the Inter-American Court at last endorsed my thesis,¹⁶ further enlarging the material content of *jus cogens*, so as to comprise the right of access to justice. In my Separate Opinions in the case *Goiburú and Others*,¹⁷ as well as in the subsequent cases of *Almonacid Arellano versus Chile* (Judgment of 26.09.2006, pars. 58-60 of the Opinion), and of *La Cantuta versus Peru* (Judgment of 29.11.2006, pars. 49-62 of the Opinion), I stressed the considerable importance of such expansion of the material content of *jus cogens*.¹⁸

VII. CONCLUSION

As I had the occasion to point out, as guest speaker, in my inaugural address at the opening of the judicial year of 2004 of the European Court of Human Rights in Strasbourg, the two international human rights tribunals (the European and Inter-American Courts) have achieved remarkable advances in the realization of justice, in the correct perspective, namely, that of *the justiciable*.¹⁹ Both have contributed decisively to the emancipation of the human being vis-à-vis his own State, to the establishment of a new paradigm in the present domain of international protection, and to what I coined, in my Concurring Opinion (pars. 34-35) in the Court's Advisory Opinion n. 16 (of 01.10.1999) on *The Right to Information on Consular Assistance*, as the historical process of *humanization of International Law*.²⁰

The theme of the right of access to justice lato sensu (encompassing the access to a competent court or a judge, the judicial guarantees of the due process of law, and the faithful execution of the judgment) has lately been object of close attention in the debates among members and former members of the three international human rights tribunals, - the European, Inter-American and African Courts, - held in the *Palais des Droits de l'Homme* in Strasbourg, on 08-09 December 2008, of which I keep the best memory. One is to expect convergence on the approach to the matter to be pursued in their respective case-law in the future.

Accordingly, and last but not least, the human person has come to occupy, in our days, the central position which corresponds to her, as *subject of both domestic and international law*, with international procedural capacity, amidst that process of *humanization of International Law*, more directly attentive to the identification and realization of common superior values and goals. She has exercised her capacity, in the vindicating of her ri-

ghts, in situations of extreme vulnerability and under circumstances of the utmost adversity.²¹ This evolution, in turn, paves the way for the new primacy of the *raison d'humanité* over the old *raison d'État*. The proper interpretation and application of Human Rights Conventions has contributed decisively to that effect.

Heidelberg, 22 June 2011.

NOTAS

1. Discurso proferido pelo Autor, em um primeiro momento, no Instituto Internacional de Direitos Humanos (40^a. Sessão Anual de Estudos), em Estrasburgo, França, aos 21 de julho de 2009, e, em um segundo momento, de forma atualizada, no Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional, em Heidelberg, Alemanha, aos 22 de junho de 2011.
2. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Le nouveau Règlement de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme: Quelques réflexions sur la condition de l'individu comme sujet du droit international", in *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 143-156.
3. OAS, *Asamblea General, XXXIII Período Ordinario de Sesiones (Santiago de Chile, Junio de 2003) - Actas y Documentos*, vol. II, Washington D.C., OAS General Secretariat, pp. 168-171.
4. In several cases, such exercise of the right of petition has gone further, having brought about changes in the domestic legal order and in the practice of the public organs of States Parties concerned.
5. As foreseen by the so-called "founding fathers" of the law of nations; cf. A.A. Cançado Trindade, "The Emancipation of the Individual from His Own State - The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law - Liber Amicorum L. Wildhaber* (eds. S. Breitenmoser et alii), Zürich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, pp. 151-171.
6. By means of such right of petition, - a "definitive conquest of the International Law of Human Rights", - the "historical rescue of the position of the human being as subject of the International Law of Human Rights, endowed with full international procedural capacity" took place (pars. 5 and 12).
7. In my Separate Opinion in the case of the "Street Children" (reparations, 2001), I saw it fit to warn that the suffering of the most humble and vulnerable projects itself into the community or social *milieu* as a whole, and their close relatives are forced to live with the silence, the indifference and the oblivion of the others, permeating the whole community with suffering (par. 22).
8. Public hearings of 28-29.01.1999 and 12.03.2001 before the Court.
9. Of 19.11.1999 and of 26.05.2001, respectively.
10. Cf., in this respect, A.A. Cançado Trindade, "Le nouveau Règlement de la Cour Interaméricaine...", *op. cit. supra* n. (3), pp. 143-156.
11. In the case of the *Institute of Reeducation of Minors*, some of the interns were hurt or died burnt amidst three fires; yet, their cause, despite the limitations of their juridical capacity given their existential condition of minors of age, reached an international tribunal of human rights, thus asserting their *titularity* of rights emanated directly from International Law.
12. To this effect, in my Separate Opinion in the case of the "Street Children" (*Villagrán Morales and Others versus Guatemala*, Judgment on Reparations, of 26.05.2001), I drew attention to this, concentrating attention on the triad conformed by victimization, human suffering, and rehabilitation of the victims (pars. 1-43). Moreover, in my Separate Opinions in the Judgments of the Court on the cases *Bulacio versus Argentina* (of 18.09.2003) and *Tibi versus Ecuador* (of 07.09.2004), I sought to identify the sense of the *reparatio* as from the centrality of the suffering of the victims, which I duly emphasized also in my Separate Opinions in the Judgments in the cases of *Brothers Gómez Paquiyauri versus Peru* (of 08.07.2004) and *Ximenes Lopes versus Brazil* (of 04.07.2006). And, in my Separate Opinion in the Judgment in the case of the *Community Moiwana versus Suriname* (of 15.06.2005), I sought to demonstrate the projection of human suffering in time, with direct implications for measures of reparation to the victims and their relatives. Cf. texts of the aforementioned Separate Opinions in: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, México, Ed. Porrúa/Univ. Iberoamericana, 2007, pp. 251-267, 363-374, 444-456, 417-432, 748-765, 980-983, and 539-567, respectively.
13. A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-445.
14. In fact, States Parties assume, each one individually, the duty to comply fully with the

- judgments and decisions of the Inter-American Court, as established in Article 68 of the American Convention itself, in application of the principle *pacta sunt servanda* (this being also an obligation of their own domestic law).
15. Cf., to this effect, my Separate Opinions in the Court's Judgments in the cases of the *Massacre of Plan de Sánchez versus Guatemala* (merits, of 29.04.2004), pars. 22, 29-33 and 35 of the Opinion; and (reparations, of 19.11.2004), pars. 4-7 and 20-27 of the Opinion; of the *Brothers Gómez Paquiyauri versus Peru* (of 08.07.2004), pars. 37-44 of the Opinion; of *Tibi versus Ecuador* (of 07.09.2004), pars. 30-32 of the Opinion; of *Caesar versus Trinidad and Tobago* (of 11.03.2005), pars. 85-92 of the Opinion; of *Yatama versus Nicaragua* (of 23.06.2005), pars. 6-9 of the Opinion; of *Acosta Calderón versus Ecuador* (of 14.06.2005), pars. 4 and 7 of the Opinion; of the *Massacres of Ituango versus Colombia* (of 01.07.2006), par. 47 of the Opinion; of *Baldeón García versus Peru* (of 06.04.2006), pars. 9-10 of the Opinion; of *López Álvarez versus Honduras* (of 01.02.2006), pars. 53-55 of the Opinion.
 16. Cf. the text of my Separate Opinion therein, reproduced in: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, Mexico, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 779-804.
 17. Pars. 62-68 of the Opinion, text *in ibid.*, pp. 801-804.
 18. Cf., on the matter, recently, A.A. Cançado Trindade, "The Expansion of the Material Content of *Jus Cogens*: The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights", in *La Convention Européenne des Droits de l'Homme, un instrument vivant - Mélanges en l'honneur de Chr.L. Rozakis* (eds. D. Spielmann et alii), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 27-46.
 19. A.A. Cançado Trindade, "Le développement du Droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme", 16 *Revue universelle des droits de l'homme* (2004) n. 5-8, pp. 177-180.
 20. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409.
 21. Cf., recently: A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236; A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (Inaugural Address, 10.11.2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71.

DISCURSO PROFERIDO NA ABERTURA DO I CURSO BRASILEIRO INTERDISCIPLINAR EM DIREITOS HUMANOS: OS DIREITOS HUMANOS DESDE A DIMENSÃO DA POBREZA, NO DIA 18 DE JUNHO DE 2012, NO AUDITÓRIO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA, EM FORTALEZA, CEARÁ, BRASIL

.....
César Oliveira de Barros Leal
Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH).

Minhas primeiras palavras são de agradecimento às senhoras e aos senhores, que nos concedem o privilégio de sua presença. Saudações aos integrantes da mesa. Um registro de gratidão aos que nos apoiaram nesse evento. Foram tanto; não poderei nominá-los a todos, e me antecipo nas escusas por omissões imperdoáveis, mas consigno os nomes do Dr. Fernando Oliveira, Procurador Geral do Estado; Dra Lilia Maia de Moraes Sales, Vice-reitora de Pesquisa e Pós-graduação da Unifor; Dra. Mariana Lobo, Secretária de Justiça e Cidadania, além do Banco do Nordeste, da Casa Militar e da Justiça Federal. Uma nota especial para Igor Brandão Feitosa de Carvalho, responsável pela transmissão *on line* desta solenidade à rede latino-americana de juízes e aos acadêmicos membros do Instituto Colombiano de Direitos Humanos. Um abraço fraternal à minha esposa Ivana e aos amigos aqui presentes, com a amplitude do meu regozijo de revê-los nesta noite exuberante de emoções.

Associo-me ao Prof. Paulo Bonavides, Vice-Presidente do IBDH, amigo particular do Dr. Jorge Carpizo, recém-falecido, para pedir a todas e todos que nos ponhamos de pé por um minuto de silêncio, em sua homenagem. Jorge Carpizo foi um dos mais ilustres juristas de nosso século, Reitor da Universidade Nacional Autônoma do México, Procurador Geral da República, Diplomata, Ministro da Suprema Corte de Justiça e Presidente Fundador da Comissão Nacional dos Direitos Humanos.

Senhoras e senhores. Eis que estamos dando início, no dia de hoje, ao I CURSO BRASILEIRO INTERDISCIPLINAR EM DIREITOS HUMANA-

NOS, materializando um sonho, tão fascinante quanto ousado: o de replicar, em solo brasileiro, o prestigioso curso que há trinta anos se ministra em San José, na Costa Rica, com o selo de excelência do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

Carro-chefe do IIDH, uma entidade internacional criada em 30 de junho de 1980, mercê de convênio entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a República da Costa Rica, este curso emblemático tem contribuído para o encorajamento e a consolidação de uma cultura de direitos humanos nas Américas, através da capacitação de milhares de profissionais, de diferentes níveis e categorias, atores chaves de um processo de mudança, muitos dos quais brasileiros e inclusive cearenses, responsáveis pelo avigoreamento dos ideais democráticos, pela edição de leis progressistas e pela criação de organismos não governamentais, em seus respectivos países.

De sua versão brasileira participam cerca de 100 alunos, selecionados entre mais de duzentos pré-inscritos, incluindo-se entre eles representantes da sociedade civil, juízes federais, defensores públicos, procuradores do estado, promotores e procuradores de justiça, advogados da União, policiais militares, professores e alunos universitários, entre outros, egressos alguns de diferentes estados e que se somam a um seleto grupo de observadores nacionais e internacionais.

Por sua dimensão e suas particularidades, esta atividade intensiva, de duas semanas, que conta em seu corpo docente com renomados especialistas em direitos humanos do Brasil e do exte-

rior, há de se converter, a partir das reflexões críticas e propositivas que enseja a seus participantes, num divisor de águas na trajetória do ensino, da investigação e da promoção dos direitos humanos em nosso país.

Realizá-lo na terra de Frei Tito, Hélder Câmara, Rachel de Queiroz, Paulo Bonavides e Noemi Elisa Aderaldo, constitui um repto que se justifica não apenas por ser Fortaleza a sede do IBDH, uma sociedade civil sem fins lucrativos, fundada em 1990, senão também porque nos alenta uma proposta ambiciosa: fazer de nossa cidade um *locus* de referência em educação em direitos humanos e no domínio sua proteção. E o exemplo maior, nosso modelo, aqui se encontra: o Dr. Roberto Cuéllar, Diretor Executivo do IIDH, um dos mais ilustres e talentosos intelectuais da América Latina.

Os fundadores do IBDH têm a consciência, compartilhada com os dirigentes do IIDH, de que, a despeito das proclamações de direitos contidas em documentos históricos e internacionais, os direitos humanos não impregnaram ainda a consciência dos cidadãos e dos governantes, de modo particular no continente latino-americano. Tal como pontuamos na apresentação do número 11 da revista do IBDH, firmada por mim e por Antônio Augusto Cançado Trindade: *Essa dicotomia entre “falar e agir” provoca um considerável desgaste e uma descrença generalizada. Isso é deplorável, na medida em que devemos não apenas conhecer nossos direitos, mas também saber defendê-los e exigir sua proteção por parte do poder público, reduzindo assim o espaço ocupado pela injustiça, pela violência e pela arbitrariedade.*

A escolha da temática central, objeto de estudo na versão 2008 de sua matriz da Costa Rica e de seu marco estratégico no período 2008-2010, deriva da constatação de que a pobreza endêmica, crítica, sobretudo a extrema, a mais cruel das doenças consoante a OMS, causa e produto de severas violações dos direitos humanos, representa um descomunal desafio ao sistema interamericano de direitos humanos, posto que, em eterna vigência e curva ascendente, afeta a vida e o cotidiano de milhões de crianças e adultos de nosso hemisfério, pletórico em disparidades sociais, em manchas de penúria e desnutrição, onde o futuro para muitos não possui rosto nem cores, onde viver é apenas sobreviver, onde o espectro da fome, da fome que mata, da fome que faz gemer, da fome que corrói nossas entranhas como um câncer, exhibe-se ante os olhos indiferentes e despudorados dos usurpadores de nossa fé e de nosso voto.

Na esteira dessa tragédia sem fim, os índices de marginalidade e violência se elevam, principalmente nas áreas urbanas, onde vive boa parte da população, segundo os relatórios do PNUD e confirmados na Rio+20, a níveis inquietantes. Pobre país rico. Reféns da insegurança, obesos de um medo intenso e agudizado, paira sobre nós, como espada de Dâmocles, a ameaça contínua daqueles que, marcados pelo abandono a que foram expostos desde a infância, embrutecidos com frequência nos abjetos e saturados calabouços de nosso sistema prisional, *estufas em que o vírus do mal se reproduz e onde se castiga a pobreza e não o delito*, têm sede de vingança e com desenvoltura roubam, estupram, matam sem compaixão, mesmo que suas vítimas sejam inocentes criaturas que mal desabrocharam para a vida. O temor visceral, que nos acomete e nos obriga a viver de forma cada vez mais limitada, nos enclausura em nossa impotência e vulnerabilidade. Pobre país rico, contraditório, paradoxal.

É de conhecimento notório que as condições de exclusão e de indigência, agregadas à precariedade do acesso à justiça e à participação política, clamam por um esforço comum e plural, particularmente da sociedade civil (cujas pressões são cruciais no diálogo com as instituições públicas) no sentido de revigorar a pauta e o discurso dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, com ênfase em seu caráter universal e indivisível, em sua interdependência e justiciabilidade, tendo em mira a formulação de políticas públicas aptas a contribuir para minorar e superar as condições dos que vivem abaixo da linha da pobreza, entendendo-se, de conformidade com a *jurisprudence constante* da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que outra perspectiva não pode nem deve existir na busca imparável de melhorar o índice de desenvolvimento humano, efetivar a segurança alimentar, a participação cidadã e o ideal de democracia em sua mais pura dimensão social.

Estamos convencidos de que este Curso não seria possível sem o apoio inapreciável de um conjunto de instituições e pessoas que se uniram ao IBDH e ao IIDH para torná-lo realidade. A duas pessoas rendemos um tributo especial de gratidão, por sua entrega, seu empenho diuturno. Convidamos, pois, a Dra. Soledad García Muñoz, Coordenadora do Escritório Regional do IIDH no Uruguai e responsável principal do IIDH pela organização deste curso, e a Dra. Julia Barros Schirmer, Assessora Internacional da Secretaria de Di-

reitos Humanos da Presidência da República, para receberem das mãos do Dr. Roberto Cuéllar e do Prof. Paulo Bonavides, aqui representando respectivamente o IIDH e o IBDH, uma certificação de nosso reconhecimento.

Reiteramos o compromisso, estampado no site do IBDH, de destinar o saldo remanescente da conta aberta para este curso no Banco Bradesco ao *Lar Amigos de Jesus*, que dá acolhimento, apoio e assistência a crianças pobres, vítimas de câncer. Celebramos, pois, este projeto de transcendente valor social, desenvolvido sob a liderança da Irmã Maria da Conceição Dias de Albuquerque, a quem pedimos uma salva de palmas.

O *Lar Amigos de Jesus* nos remete à Convenção sobre os Direitos da Criança e à advertência de que nos incumbe ampará-la, para que esta assuma uma existência individual e responsável numa sociedade livre, em que possa desempenhar no futuro uma função construtiva, respeitosa dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Concluo com a riqueza do poema-canção de Armando Tejada Gómez, perenizado na voz da cantora argentina Mercedes Sosa:

“Nesta hora exatamente, há uma criança na rua... / Há uma criança na rua! / É honra dos homens proteger o que cresce, / cuidar que não haja infância dispersa pelas ruas, / evi-

tar que naufrague seu coração de barco, / sua incrível aventura de pão e chocolate, / pondo-lhe uma estrela no lugar da fome. / De outro modo é inútil, de outro modo é absurdo / ensaiar na terra a alegria e o canto, / porque de nada vale se houver uma criança na rua... Pobre de quem esqueceu que há uma criança na rua, / que há milhões de crianças que vivem na rua; / e uma multidão de crianças que crescem na rua. / Eu as vejo apertando seu coração pequeno, / olhando a todos com fábula nos olhos. / Um relâmpago truncado lhes cruza o olhar, / porque ninguém protege essa vida que cresce / e o amor se perdeu, como uma criança na rua.”

Obrigado. Que Deus nos abençoe a todos e todas e proteja as crianças pobres, vulneráveis e excluídas deste imenso país, crianças, que, na linguagem de Eduardo Galeano, não são seres humanos, “são recursos humanos; não tem cultura, têm folclore; não têm cara, têm braços; não têm nome, têm número; não aparecem na história universal, aparecem nas páginas policiais da imprensa local. Os ninguéns, que custam menos do que a bala que os mata”. A elas, nossa atenção prioritária; a elas, dedicamos este curso. Um país rico é um país sem pobreza, ou devo dizer melhor, como o faz Roberto Cuéllar: País natural é um país sem pobreza

LIBRES PROPOS D'UN ANCIEN JUGE INTERNATIONAL



Mohammed BEDJAOU

Ancien Président de la Cour Internationale de Justice (La Haye); Ancien Ministre des Relations Extérieures de l'Algérie; Membre de l'Institut de Droit International

C'est avec un plaisir mêlé d'une touche de fierté, que j'ai accepté d'être parmi vous en cette célébration de la centième session du Comité des droits de l'homme. Ma satisfaction est d'autant plus vive que vous m'offrez d'approcher la belle compagnie de toutes ces personnalités des panels et de l'auditoire, et donc certaines ont bien voulu me gratifier d'une longue et fidèle amitié. Je ne me hasardai pas à mentionner de noms, au risque d'en oublier ; on dit que le regard est parfois plus évocateur que la parole et je veux bien le croire. (...)

Il me faut (...) rendre hommage au Comité dans son ensemble pour avoir pris l'initiative de cette célébration et pour le choix du thème de cette rencontre. Dans la vie d'un organe, comme dans celle d'une personne, il est en effet parfois utile, voire nécessaire, de porter un regard sur le chemin parcouru de manière à mieux baliser et préparer le chemin qui reste à parcourir. Un regard rétrospectif, nourri du sein de l'expérience, permet d'éclairer l'avenir et possède nécessairement un caractère prospectif. En tout modestie, je crois qu'il faut parfois savoir faire mentir Confucius que disait, que *"L'expérience est une lampe accrochée dans le dos; elle éclaire le chemin parcouru et laisse dans l'ombre celui qui reste à parcourir."*

A propos d'ombre et de lumière, je dois avouer que les raisons pour lesquelles j'ai été invité à siéger en ce panel d'experts internationaux demeurent encore obscures à mes yeux. La protection des droits de la personne humaine est, bien entendu, de ces questions importantes que j'ai à cœur et dont j'ai eu à traiter, directement ou incidemment, dans l'exercice des mes diverses fonctions, notamment en ma qualité de membre de la Cour Internationale de Justice, de Président du Conseil constitutionnel de mon pays ou de Président de la mission d'investigation dépêchée en Guinée l'an dernier par le Secrétaire général des Nations Unies. Je ne suis, par contre, pas du tout, ou si peu, familier des activités du Comité des

droits de l'homme. La seule raison que j'entrevois à ma présence ici est ma qualité d'ancien juge et président de la Cour internationale de Justice. J'étais à ce titre locataire privilégié du Palais de la Paix, à la Haye, cet autre monument qui a marqué l'histoire des relations internationales, et construit une quarantaine d'années après le Palais Wilson ; ces deux palais ont abrité les deux tous premiers foras universels au service de cette même et noble cause qu'est la paix entre les peuples, à savoir la Société des Nations et la Cour permanente de Justice internationale. Ces deux palais abritent aujourd'hui le siège de votre Comité et de la Cour internationale de Justice, respectivement.

Si j'ai osé ce parallèle historique entre les deux Palais, c'est pour mieux en esquisser un autre, tout aussi symbolique. En effet, si on peut dire de la Cour internationale de Justice qu'elle est actuellement le seul organe judiciaire à vocation universelle et générale, on peut également dire du Comité des droits de l'homme qu'il est, à l'heure actuelle, le seul organe quasi-judiciaire à vocation à la fois universelle et générale dans le domaine des droits de l'homme.

En toute humilité, je ne sais pas non plus ce qui est attendu de moi aujourd'hui. Les organisateurs de cette rencontre ont en effet eu la délicatesse de ne pas demander aux orateurs, ni de leur imposer, de thèmes spécifiques pour leurs présentations. Il faut leur en savoir gré. Mais croyez-bien que la liberté de choix des thèmes ne rend pas l'exercice moins redoutable, bien au contraire, et ce, tant en raison de l'extrême richesse et diversité des prononcés du Comité des droits de l'homme au cours des 33 dernières années écoulées, que de la nature même de l'instrument juridique dont il a pour mission de superviser la mise en œuvre. Je commencerai par la "matière", à savoir le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, avant de dire quelques mots sur le "matériau" ou, en d'autres termes, sur

l'impressionnante production des 100 premières sessions du Comité.

I. LA PROMOTION DU PACTE RELATIF AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES

La matière d'abord, dont je dirai qu'elle a été le lieu, et qu'elle l'est encore parfois, de vives confrontations politiques et idéologiques. Je ne reviendrai pas ici sur le long et difficile processus de transformation d'un corpus de droit dit "mou", la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, simple résolution de l'Assemblée générale, en un corpus de droit "dur", composé de deux traités internationaux, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, d'une part, et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, d'autre part. Je rappellerai simplement que les négociations au sein de la défunte Commission des droits de l'homme durèrent près de vingt ans et qu'elles ne furent pas épargnées par le blizzard de la Guerre froide.

Il semblerait toutefois que les crispations initiales de certains groupes d'Etats à l'endroit du Pacte international relatif aux droits civils et politiques se soient peu à peu évanouies si l'on en juge par la grande participation dont celui-ci jouit: pas moins de 166 Etats membres des Nations Unies sur un total de 192 sont en effet aujourd'hui parties à cet instrument. La même observation peut être faite en ce qui concerne l'organe chargé du contrôle de la mise en œuvre du Pacte, à savoir le Comité: 48 de ces Etats ont en effet accepté votre compétence pour connaître de requêtes interétatiques au titre de l'article 41, et 113 autres l'ont accepté pour l'examen de requêtes individuelles au titre du Protocole facultatif. Il n'est pas exclu que cette meilleure disposition des Etats à l'endroit tant du Pacte que du Comité soit due à l'attitude responsable du Comité au cours de sa trentaine d'années de labeur et au capital de confiance qu'il a ainsi patiemment accumulé.

Je forme le vœu que l'évolution heureuse quant au Pacte se vérifie également en ce qui concerne la thématique si sensible qui fait l'objet de son second Protocole relatif à l'abolition de la peine de mort; seuls en effet 35 Etats sont parties à ce second Protocole. Mon ami le Président Badinter, orfèvre en la matière s'il en est, nous a gratifié de ses riches et toujours lumineuses réflexions sur cette question importante qui déchaîne encore bien des passions. J'en ai terminé avec la "matière", et en viens maintenant à l'activité du Comité ou, en d'autres termes, au "matériau" que

cet organe a patiemment produit au cours de ses 33 années d'activité.

II. LES INTERPRÉTATIONS DU PACTE PAR LE COMITÉ ET LEUR INFLUENCE

Ce matériau consiste essentiellement dans l'interprétation et l'application que le Comité a fait des dispositions du Pacte. Ce matériau est relativement consistant et plutôt composite du fait de la mission du Comité, qui est triple: 1) l'examen des rapports périodiques des Etats parties au Pacte relatif aux droits civils et politiques, 2) l'examen des communications étatiques ou individuelles dont il peut être saisi (au titre de l'article 41 du Pacte ou du Protocole facultatif), et 3) l'élaboration d'observations générales elucidant le champ d'application des dispositions du Pacte.

Je passerai volontairement sous silence la masse impressionnante d'observations finales formulées par le Comité dans le cadre de sa procédure d'examen des rapports initiaux et périodiques des Etats parties. Je ne dirai rien non plus de l'examen des communications interétatiques dans la mesure où, à ce jour, aucun Etat n'a fait usage de la faculté offerte par l'article 41 de Pacte. Je limiterai donc mon propos aux communications individuelles et aux observations générales.

Concernant tout d'abord les communications individuelles, je voudrais souligner qu'à ce jour le Comité en a traité près de 2000 et a adopté environ 700 constatations sur le fond des affaires dont il a ainsi été saisi. L'importance des "constatations" du Comité n'échappera à personne; en dépit de leur dénomination officielle, "constatations" et non pas "décisions", les prononcés du Comité sont en effet revêtus d'une grande autorité et inspirent la jurisprudence d'autres organes internationaux de nature tant quasi-judiciaire que judiciaire.

1. Les emprunts aux "constatations" de votre Comité

Les prononcés du Comité n'ont pas manqué de fertiliser, polliniser, les champs d'autres organes internationaux.

a) Les emprunts par la Commission africaine des droits de l'homme.

Tout d'abord la Commission africaine des droits de l'homme a fait référence à la pratique de votre Comité dans plusieurs de ses décisions.¹

b) Les emprunts par la Cour interaméricaine des droits de l'homme

Des organes internationaux, à vocation judiciaire ceux-là, n'ont pas non plus manqué de s'inspirer des constatations de votre Comité. C'est ainsi que dans un de ses arrêts, la Cour interaméricaine avait en effet fait référence à vos constatations dans la célèbre affaire *Miguel Angel Estrella c. Uruguay* (Communication No. 74/1980).²

Dans son arrêt *Cantoral Benavides*, la Cour avait également fait référence aux constatations du Comité dans une autre affaire portée contre l'Uruguay, constatations dans lesquelles il avait considéré que la détention d'une personne avec quatre autres détenus dans un espace réduit (4,5 x 2,5 mètres) portait une sérieuse menace à la santé de l'intéressé et constituait donc une violation du Pacte.³

Dans un arrêt du 21 juin 2002, rendu dans l'affaire *Hilaire, Constantine et autres c. Trinité et Tobago*, la Cour interaméricaine avait par ailleurs estimé que la peine capitale ne pouvait pas être imposée de manière générale et indiscriminée pour sanctionner des conduites très différentes. Elle s'était à cet égard référée aux constatations du Comité, du 31 octobre 1995, adoptées dans l'affaire *Bernard Lubuto c. Zambie* (Communication No. 390/1990) et dans lesquelles le Comité avait considéré que la peine de mort ne pouvait être appliquée que pour les crimes les plus graves.⁴

c) Les emprunts par la Cour européenne des droits de l'homme

La liste des emprunts à votre Comité s'est poursuivie avec la Cour européenne des droits de l'homme qui a par exemple repris l'argumentation du Comité relativement au caractère obligatoire des mesures conservatoires. Dans un arrêt du 6 février 2003 (*Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*), rendu dans une affaire concernant l'extradition par la Turquie de deux ressortissants ouzbeks en dépit d'une ordonnance en indication de mesures conservatoires de la Cour européenne, une chambre de celle-ci a repris l'argumentation suivie par le Comité dans l'affaire *Piandiong et al. c. Philippines* (Communication n. 869/1999, Constatations du 19 octobre 2000);⁵

d) Les emprunts par la Cour internationale de Justice

Mais le témoignage à mes yeux le plus éloquent de la valeur référentielle et du caractère dé-

sormais incontournable des prononcés du Comité réside dans le fait que ceux-ci ont inspiré même la jurisprudence de la plus haute juridiction mondiale, la Cour internationale de Justice. Ayant eu l'honneur de siéger près de vingt années en cette Cour, je puis vous dire que celle-ci a toujours été très réticente à citer autre chose que sa propre jurisprudence ou celle de sa devancière. Pour tout vous dire, j'ai en mémoire un seul et unique exemple durant l'exercice de mon long mandat, c'est l'arrêt rendu par cette Cour le 14 juin 1993 dans l'affaire *Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*,⁶ dans laquelle elle avait fait référence à une sentence arbitrale, celle du 30 juin 1977 redue dans l'affaire du *Plateau continental de la mer d'Iroise* (France/Royaume-Uni). C'est donc à l'aune de cette grande réticence de la Cour à citer la jurisprudence d'autres juridictions qu'il faut apprécier les longues références qu'elle a faites aux constatations du Comité, dans son avis consultatif du 9 juillet 2004 aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*.⁷

2. Les emprunts aux "observations générales" de votre Comité

Toutes les références aux prononcés du Comité par d'autres organes judiciaires ou quasi-judiciaires que je viens d'évoquer sont loin d'être fortuites ; elles témoignent de la qualité des constatations du Comité et de la rigueur avec laquelle elles sont rédigées. Les "constatations" du Comité ne sont toutefois pas les seules à bénéficier de la faveur des organes susmentionnés. Il faut citer également les "observations générales" adoptées par le Comité et qui sont aujourd'hui au nombre de 33. Ces observations générales constituent en effet un véritable condensé de l'expérience du Comité et autant d'interprétations autorisées des dispositions du Pacte ; elles sont alimentées par la riche pratique du Comité en matière d'examen des communications individuelles et des rapports périodiques des Etats.

Là encore, la Cour internationale de Justice, la Cour interaméricaine des droits de l'homme ou la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, par exemple, n'ont pas manqué de faire référence à ces observations générales quand bien même celles-ci ne constitueraient pas de la jurisprudence.

Je mentionnerai en premier lieu l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 9 juillet 2004 donné dans l'affaire du Mur et dans lequel la juridiction de La Haye s'était référée à l'Observation générale No. 27 du Comité relative

à la liberté de circulation garantie par l'article 12 du Pacte.⁸

Dans son arrêt du 21 juin 2002, rendu dans l'affaire *Hilaire, Constatine et autres c. Trinité et Tobago*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme s'était de son côté appuyée sur l'Observation générale No. 6 relative au droit à la vie tel que garanti par l'article 6 du Pacte.⁹

Je mentionnerai pour finir la décision de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples du 15 mai 2006, relative à la Communication No. 245/2002 (*Zimbabwe Human Rights NGO Forum c. Zimbabwe*). Dans cette décision, la Commission s'était référée à l'Observation générale No. 18¹⁰ du Comité pour définir la discrimination ainsi qu'à l'Observation générale No. 20¹¹ pour condamner l'usage des amnisties destinées à prévenir les investigations relatives à des violations alléguées de droits de l'homme.¹²

3. Richesse de l'apport de votre Comité

Tout cela met en relief l'importance de l'apport du Comité à la jurisprudence des autres organes internationaux. Vous aurez remarqué que j'ai évité de considérer comme "jurisprudence" les constatations et observations générales du Comité. Interprété strictement, le concept de jurisprudence n'englobe en effet que les décisions ou arrêts d'organes juridictionnels, de nature judiciaire ou arbitrale, c'est-à-dire les prononcés possédant une valeur juridique obligatoire et revêtus de l'autorité de la chose jugée. Si l'on s'en tenait à cette interprétation stricte, les constatations du Comité ne peuvent pas prétendre à la qualité de précédents jurisprudentiels, si ce n'est de manière indirecte ou "transitive" par l'effet du phénomène de fertilisation de la jurisprudence des cours internationales. Cette opération de pollinisation, parfois croisée, nous invite cependant à revisiter le concept même de jurisprudence. On pourrait en effet considérer que ce qui fait l'essence du "précédent jurisprudentiel" ne réside pas tant dans le dispositif d'un prononcé que dans la motivation de celui-ci ; la meilleure preuve en est que les avis consultatifs, qui n'ont pas de valeur juridique obligatoire, participent au même titre que les arrêts à la formation de la jurisprudence internationale. Les arguments ne manquent donc pas pour soutenir que les constatations du Comité des droits de l'homme ne sont pas des prononcés entièrement à part mais des précédents jurisprudentiels à part entière. Cela ne serait que rendre justice à l'impressionnante moisson qui a été celle du Comité durant ses 33 premières années d'existence

et à la part non négligeable qu'il a très tôt prise dans le processus de "juridictionnalisation" de la société internationale qui va en s'accéléralant ces dernières années.

Au vu de tout ce qui précède, et du temps de parole limité qui m'a été imparti, vous comprendrez que je ne puisse qu'effleurer la matière, avec toutes les frustrations que cela implique tant de mon côté que du vôtre. Je me contenterais en effet de vous livrer quelques brèves réflexions dont vous pardonneriez, je l'espère, la coloration fortement judiciaire, déformation professionnelle oblige, prisme de ma longue carrière judiciaire.

III. LE COMITÉ ET L'AFRIQUE: LA NÉCESSAIRE CONCILIATION ENTRE UNIVERSALITÉ ET DIVERSITÉ

1. L'Universalité et la diversité comme concepts

1) Dans le foisonnement de la diversité culturelle des peuples, il n'était nullement aisé d'aboutir à une telle approche conceptuelle. En dépit des différences ethniques et culturelles entre les peuples, nonobstant aussi les variétés et même les oppositions de régimes politiques entre les Etats et malgré enfin les différences de niveaux économiques entre les nations, cette reconnaissance universelle relevait et relève toujours d'*un généreux pari sur l'homme*. Le droit international contemporain pose dorénavant comme postulat l'existence d'une conception universelle des droits de l'homme, à travers un faisceau de droits affirmés comme communs à tous, en tous lieux, en tous temps, et constituant selon les termes de la Déclaration de 1948 "*l'idéal commun* à atteindre par tous les peuples et toutes les nations."

2) Cette approche n'allait sûrement pas de soi. Le droit international, reflet de la politique internationale des Etats, nous avait séculairement habitués au contraire à l'usage de la force, à l'intervention, à l'occupation, à la conquête, à l'esclavage, à la colonisation, à la terra *nullius*, aux guerres, au génocide. *C'était donc une victoire de l'homme sur lui-même que d'alimenter l'approche contemporaine* du droit international par l'idée simple et évidente, (mais combien difficile et longue à admettre) que chaque être humain est né du sein d'une mère, que *c'est là la commune condition de tous les hommes* et que nous ne pouvons pas méconnaître cette universalité première et élémentaire de l'humain, qui souligne l'unicité de l'espèce humaine, laquelle implique

une nature à la fois propre à chaque homme et identique à tous les hommes.

3) Mais comme dans la réalité il n'était pas facile d'affirmer l'universel par delà la diversité des cultures, il fallait donc rechercher l'invariant ou les invariants majeurs. Pour cela il fallait partir de l'identification de l'objet, c'est-à-dire de l'homme lui-même, dont on a alors déclaré son droit d'appartenir à une espèce unique et distincte du reste du règne animal. On a pu obtenir ce résultat conceptuel, c'est-à-dire cette unicité et cette singularité de l'humain, en affirmant tout naturellement le postulat de la *dignité de l'homme*.

4) C'est cette dignité de l'homme qui est *l'invariant majeur* à respecter par delà toutes les diversités culturelles. Comme disait le mahatma Gandhi:

"Nous sommes tous taillés dans le même patron: mépriser un seul être humain, c'est mépriser le divin qui est en nous."

5) Cette découverte contemporaine de *l'unicité* et de la *singularité* de l'homme, comme fondement de ses droits inaliénables en tous temps et en tous lieux, nous rappelle la *grande controverse* développée aux XVe et XVIe siècles déjà, dans la péninsule ibérique, avant tous les autres pays d'Europe et dans laquelle s'étaient admirablement illustrés des théologiens-juristes et canonistes comme Vitoria, Suarez et surtout Bartolomeo de Las Casas, lorsqu'il a bien fallu se rendre à l'évidence que d'une part l'Amérique n'était pas inhabitée et sans maîtres et que d'autre part les prétendus "*sauvages*" appartenaient bien au genre humain, *vérité qui a fait l'effet d'une explosion atomique dans l'univers mental de l'époque*.

6) On imagine donc le caractère extraordinairement *révolutionnaire*, dans le contexte de l'époque, dans la mentalité ambiante, de cette déclaration sur *l'unicité du genre humain* ! Il ne fallait pas distinguer le "sauvage" du "civilisé" dans leur commune appartenance à un même genre. Pour moi, ce sont les théologiens-juristes de l'Université de Salamanca, ce sont des hommes comme Vitoria, Suarez et Las Casas, qui sont *les pères fondateurs authentiques de l'universalité des droits de l'homme*. Si l'on relit leurs œuvres où résonnent les clameurs prodigieuses de leur humanisme, on voit bien combien elles sont d'une brûlante actualité.

7) Il existe donc des droits fondamentaux qui *naissent avec l'homme, qui sont consubstantiels* à l'homme, et qui de ce fait sont d'abord *indépendants du temps et de l'espace*, c'est-à-dire non tri-

butaires et non conditionnés par la diversité des cultures locales. Ce sont des droits dont la personne humaine jouit en tant qu'*être vivant*, en cette simple mais éminente qualité, qui est donnée en partage à tous les êtres humains vivants.

8) De ce point de vue on peut même être fondé à affirmer que les droits fondamentaux universels de l'homme possèdent un caractère "*métajuridique*". Incontestablement le droit à la vie paraît, dans sa reconnaissance universelle, comme indépendant aussi bien du droit international que du droit interne de l'Etat. *Il est préexistant au droit, il précède le droit*. En ce sens il est un droit "*primaire*" ou un droit "*premier*" consubstantiel à l'homme. La conséquence logique de ce "*droit à la vie*" c'est le droit pour tout être vivant d'assumer sa propre *subjectivité*, c'est-à-dire de vivre à *sa manière librement et sans contrainte*, ce qui ouvre aux droits de l'homme des perspectives considérables.

2. Une approche empirique de la diversité

Mais la réalité nous enseigne que chaque société interne et chaque catégorie sociale en son sein, vivent des "*moments*" différents tant dans la réalisation que dans les aspirations en matière de droits de l'homme. Il y a ceux qui sont libres de manière effective, j'allais dire ceux qui sont "*plus égaux*" que d'autres. Mais il y a aussi ceux qui revêtent la livrée du dur labeur et ceux qui, privés du minimum économique vital, vivent la déchéance de leur inutilité humaine. *Chaque homme, chaque communauté récite les droits de l'homme avec son propre accent*, en fonction tant de ses acquis que de ses besoins, à la lumière de ce qu'il attend et avec sa propre perception changeante du prix qu'il attache à tel droit de l'homme à revendiquer ou à tel autre à préserver.

Le petit planteur de café de Tanzanie ruiné dans ses espoirs de bonne commercialisation de sa modeste récolte, la femme de la brousse malienne en quête de brindilles pour son feu, d'eau pour sa marmite et de tubercules pour sa cuisine, le réfugié rwandais victime d'une guerre fratricide atroce et qui a tout perdu jusqu'à lui-même, l'infrahumain, mort vivant, de Sierra-Leone qui dispute sans force des reliefs de nourriture à un univers de bestioles, ne font sûrement pas les mêmes rêves, sur le chapitre des droits de l'homme, que le métallurgiste russe, le docker de Liverpool, le professeur de Strasbourg, le financier d'Osaka, le négociant céréaliériste de Winnipeg, le chômeur français ou le chercheur scientifique de Berkeley.

En bref, chaque peuple et chaque catégorie sociale sont travaillés par des priorités qui leur sont propres, comme produits de leur histoire et de leurs préoccupations immédiates. Chaque peuple, chaque catégorie sociale, et même chaque génération d'un même peuple, est "situé" dans l'histoire, avec ses espérances distinctes et diverses et souvent avec des divergences en ce qui concerne l'attente de l'avenir. *Chacun définit diversément le contenu des droits de l'homme dont il jouit ou auxquels il aspire.* C'est pourquoi la Déclaration universelle de 1948 parle, dès son article 1^{er}, d'un "idéal commun" et cet idéal ne peut être atteint qu'au prix de combats incessants.

3. LES LIMITES IMPÉRATIVES À LA DIVERSITÉ: LE "NOYAU DUR" DES DROITS DE L'HOMME

a) Le relativisme culturel connaît ses limites

Il y a tout d'abord et désormais des droits qui échappent à toute compétence de l'Etat et sont internationalement protégés. C'est le cas d'abord des *droits des peuples*, et notamment du *droit à l'autodétermination*, lesquels relèvent directement du droit international. Ce sont ensuite les droits considérés comme "*fondamentaux*" de l'homme, et en particulier les droits *primaires* attachés à la *dignité* de la personne humaine et qui, naissent avec l'homme, sont indépendants du temps et de l'espace.

Par ailleurs, il est généralement admis que les situations dans lesquelles les droits de l'homme sont violés de manière dite "*massive et systématique*" doivent *échapper au domaine réserve de l'Etat* et autoriser une intervention internationale.

4. La diversité culturelle et le cas de l'Afrique.

Cela dit, *le droit n'est pas ce qu'en disent les textes, mais bien ce qu'en font les acteurs*, et si l'universalité des droits de l'homme est un requis absolument nécessaire, elle doit être réalisée sur la base d'un tout aussi nécessaire dialogue des cultures.

Et c'est peut-être par cette voie que votre Comité pourrait le mieux approcher la singularité et la spécificité de l'Afrique dans le domaine des droits de l'homme. Le relativisme culturel, réalité première de notre monde, ne doit pas être regardé comme une mortelle menace à l'universalité des

droits de l'homme. Souvenons-nous qu'à propos de la propriété collective dans les sociétés indigènes, le père de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, René Cassin, n'a pas hésité à défendre les Inuits des régions polaires arctiques !...

a) L'exemple du relativisme culturel latino-américain.

Dans ce débat récurrent autour du couple "*universalité des droits de l'homme*" et "*relativisme culturel*" l'Afrique n'est pas la seule concernée ; l'Asie et l'Amérique du Sud le sont aussi. La Cour interaméricaine des droits de l'homme avait adopté une démarche courageuse en prenant parfaitement en compte les cultures traditionnelles, comme celles des Indiens attachés à leurs coutumes ancestrales. La Cour de San José a déclaré que *la prise en compte des réalités sociologiques d'une société humaine ne contredit point l'universalité des droits de l'homme et s'impose comme fondamentale pour répondre à l'exigence de cette universalité.* Le juge se fait anthropologue et prend en compte les croyances, rites et modes de vie des sociétés traditionnelles. Cela a été particulièrement le cas à la suite du massacre de 268 personnes de la communauté Maya Achi en juillet 1982 au Guatemala. La Cour a alloué des réparations pour les souffrances vécues par le reste de cette communauté et pour l'impossibilité dans laquelle s'était trouvée celle-ci d'honorer ses morts conformément aux rituels ancestraux.

La même Cour interaméricaine a confirmé sa jurisprudence en ce qui concerne ces traditions mortuaires et a condamné la séparation forcée des Indiens de leurs terres traditionnelles (*affaire Comunidad Moiwana v. Suriname*, 15 juin 2005).

De même dans une affaire intéressant le Paraguay, qui avait vendu de grandes propriétés à des entreprises britanniques en méconnaissance des droits des Indiens, la Cour a déclaré que pour les indigènes "*la relation à la terre est un élément à la fois matériel et spirituel dont ils doivent pleinement jouir pour préserver l'héritage culturel et le transmettre aux générations futures.*"

b) L'exemple du relativisme culturel de l'Asie

Quant au "*relativisme culturel*" concernant l'Asie, il faut rappeler que l'ASEAN réfléchit à la mise en place d'un système régional de protection des droits de l'homme prévu pour 2020 et qu'en

attendant cela, la Déclaration de Bangkok de 1993 déclare en son article 8 que les droits de l'homme

“devraient être considérés dans le contexte d'un processus dynamique et évolutif de standardisation internationale, en tenant compte de l'importance des particularismes nationaux et régionaux, et de la diversité historique, culturelle et religieuse.”

c) Le cas de l'Afrique

Dirigeons à présent notre regard vers le continent africain. Y aurait-il des raisons endogènes propres à l'Afrique pour expliquer une allergie de cette région du monde à certains droits de l'homme que l'Occident voudrait lui imposer ? Il n'est pas indifférent de savoir dans quel espace vient se greffer une législation qui est aujourd'hui prolifique sur les droits de l'homme. Car il y a quelque chose de véridique dans les thèses culturalistes et relativistes. D'une part *l'histoire a marqué différemment l'espace africain* et d'autre part *les modèles d'organisation sociale ont été et demeurent différents en terre africaine* de ceux d'autres continents.

Cet espace a d'abord été avili par le colonialisme, puis détérioré par le néo-colonialisme. le discours sur les droits de l'homme, parvenu en Afrique dans les fourgons du colonialisme, a été historiquement et culturellement associé à ce colonialisme et au capitalisme de l'Europe. Sa lourde ambiguïté pendant l'ère de dépendance où il était enseigné sans pouvoir aucunement être appliqué, en faisait une mystification idéologique, tant et si bien qu'il n'a pas manqué d'être retourné contre le colonisateur pour se libérer de sa présence.

L'Etat africain d'aujourd'hui, issu des indépendances d'il y a cinquante ans seulement, souffre trop souvent de tous les maux de sous-développement ; il est régi trop souvent par un ordre juridique fait de bric en de broc où se disputent encore les restes persistants du droit colonial, des coutumes ancestrales et des parcelles de droit moderne. L'Etat africain possède la plupart du temps des structures institutionnelles fragiles, ainsi que des frontières souvent artificielles, emprisonnant plusieurs ethnies et en émiettant d'autres, source évidente de conflits et de guerres tribales. De surcroît l'Etat africain vit dans une indépendance parfois simplement nominale. Et si le continent se caractérise par une certaine prévalence de régimes politiques autoritaires, c'est qu'ils sont considérés mieux à même d'assurer à peu près la sécurité, la santé, la solidarité et le salaire et de sauvegarder

un communautarisme sécurisant éloigné d'un individualisme aventureux.

La culture de la démocratie moderne est encore neuve en Afrique. Et si le geste démocratique du citoyen se résume dans une double opération de “*contestation*” et de “*participation*”, on observe que l'Africain, frappé par la misère et l'acculturation et berné parfois par des élections préfabriquées, ne peut que rarement savourer le bonheur de se gouverner librement lui-même par une pratique authentique de cette contestation et de cette participation.

Ce sont là quelques aspects du contexte spécifique de la dramaturgie des droits de l'homme en terre africaine. En bref, nous assistons à une résistance historico-culturelle d'un espace humain africain en situation d'asymétrie avec le monde développé qui lui fait face.

Dès lors et sauf à nier singulièrement toutes ces réalités handicapantes, l'observateur impartial ne peut d'emblée attendre de l'Afrique qu'elle lui renvoie l'image réjouissante d'un espace harmonique illuminé par les bienfaits des droits de l'homme, comme la lui enverraient des pays tels que la Suisse, le Royaume-Uni ou la Suède.

Quelle est la part de la résistance ou du rejet et celle de la réappropriation des droits de l'homme, qui se dessine en Afrique ? Elle est donnée par l'observation de la réalité, une réalité bigarrée annonciatrice d'évolutions futures. *L'Afrique est en train de dessiner sa trajectoire propre des droits de l'homme.*

Comment le fait-elle ? Il n'a échappé à personne qu'il existe en Afrique une extrême vitalité, une grande profusion et de profonde échos de l'activité intellectuelle sur les droits de l'homme, de la part d'ONG, d'Organisations interétatiques, d'Universités, de partis politiques, d'associations de toutes sortes, de coalitions, de forums, de réseaux, etc... C'est probablement l'un des éléments les plus caractéristiques de la société africaine.

Il n'est dès lors pas imaginable, il n'est pas pensable, que toute cette activité ne débouche pas sur une *synthèse empirique, marquant l'adhésion en profondeur aux droits de l'homme qui seraient le produit labellisé d'un syncrétisme africain réussi.* L'histoire de toutes les sociétés humaines montre à l'évidence que les évolutions sont le résultat d'emprunts réciproques, de puissances d'attraction croisées, de mimétismes conscients, d'inventions respectives qui se dialoguent, et d'appropriations par osmose. L'Afrique n'y échappera pas et c'est là un message d'optimisme et d'espérance.

Le facteur-temps est là un vecteur primordial. L'écoulement d'un temps suffisant doit pouvoir donner à l'Afrique tout le recul et toute l'expérience nécessaires à cette fin. Cinquante ans de décolonisation, au surplus pervertie le plus souvent, ne représentent à cet égard qu'une durée infime dans la marche d'un continent et d'un monde. Les droits de l'homme ont été inventés en Europe. Ils en possèdent le label. Mais ils ne sont nullement le produit d'une "génération spontanée". Ils sont le résultat d'un temps historique long, le fruit mûri à toutes les expériences, bonnes et mauvaises, de l'histoire européenne. Car c'est d'une "culture" qu'il s'agit, avec le travail du temps qui crée et façonne des comportements, des réflexes, une éthique, des principes et des valeurs...

Le proche et le lointain paraissent annoncer des évolutions favorables pour l'Afrique. L'Afrique se reprend, bande ses énergies pour le meilleur. Son économie ressent déjà les caresses d'un renouveau et les frémissements d'un avenir prospère. Qui croirait que ce continent oublierait de construire le bonheur de ses hommes, lui qui abrite le premier d'entre eux, premier spécimen de l'humanité? Avec le temps, de nouveaux rapports à l'égard des héritages culturels s'établiront par la volonté des Africains eux-mêmes. De nouvelles constructions, ou reconstructions, s'effectueront autour des droits de l'homme dans une Afrique qui donnera toute la mesure aussi bien de l'emprunt que de l'innovation, dans son génie propre et avec sa créativité neuve.

Plus qu'à tout autre continent probablement, *les droits de l'homme sont indispensables à l'Afrique*. Les droits de l'homme sont, et seront, le langage normatif par excellence de l'émancipation des Africains. Ils sont, et seront, l'instrument, le moyen et le levier de leur avenir plus heureux. Une seule condition est nécessaire à cette fin: que les Africains soient eux-mêmes les acteurs de leur destin, pour forger enfin, à force de patience et de conflits, d'apaisements et de tensions, de solidarités et de heurts, leur conception des droits de l'homme, une conception qui ne peut que s'imbriquer, se lover tout naturellement dans l'universel.

Les droits de l'homme sont une arme pour l'Afrique. Ils constituent un puissant vecteur de libération de néo-colonialisme et de l'autoritarisme. Les droits de l'homme qui libèrent ne sont ni le résultat de la domination étrangère, ni l'expression d'un reniement de soi, ni l'incarnation d'une dépossession, ni le rapport frelaté d'une acculturation. Les droits de l'homme à vertu émancipatrice authentique ne pourront être que le produit "biologique" du temps et de l'espace africains.

Dans cette marche, il est impératif de faire droit au *phénomène générationnel*. Les nouvelles générations, celles des indépendances africaines, sont à coup sûr plus promptes à rompre avec les pesanteurs traditionnelles. Elles sont mieux en mesure de recomposer le paysage sociopolitique africain en rapport avec leurs attentes. Ces générations trouveront des alliés dans leur œuvre de création de nouvelles solidarités.

Mais nous devons nous pénétrer d'une certitude qui, à mes yeux est une évidence. *La démocratie ne peut pas attendre et les droits de l'homme non plus*. Les batailles contre les déficits de développement doivent inspirer une stratégie qui se déploiera simultanément pour la promotion des droits de l'homme aussi. Le procès de transformation économique et sociale doit comprendre en même temps, et non pas exclure, les droits de l'homme. Ce serait erreur et perversité de renvoyer la promotion de ces droits de l'homme à des étapes ultérieures du développement, car chaque matière, chaque secteur, chaque élément, puise dans les autres l'énergie pour progresser et rebondir.

IV. CONCLUSION

Dans nos commémorations, nous devons avoir une pensée ardente pour toutes les victimes sans nombre de l'attentat permanent commis sur l'homme par l'homme, tout au cours des siècles et jusque dans les temps présents. Les rescapés des nations indiennes outre Atlantique, nous interpellent encore. Il y a douze ans Christophe Colomb était condamné à mort à Tegucigalpa, Honduras, un lundi 12 octobre 1998, coïncidant avec le 506^e anniversaire de son arrivée sur le continent américain. Le procès symbolique était organisé par le "Conseil civique des organisations populaires et indiennes". Christophe Colomb y a été "reconnu coupable d'enlèvements, ethnocide, vol, viol de nos femmes, invasion, traite d'esclaves, génocide de nos anciens, tortures contres des milliers d'Indiens et assassinats en masse".

Je ne peux taire, moi non plus, en épilogue à la présente communication, une pensée que j'adresse au continent africain meurtri par quatre siècles d'exil et d'esclavage. J'ai lu et me souviens. C'était à Gorée, Sénégal. Dans cette prison intérieure qu'on nomme "Musée", mais qui plutôt m'étouffait, face à l'immensité océane, ce "Grand Large", qui ne l'était pas assez pour ceux qu'il avait engloutis. Et j'ai lu le message suivant gravé grossièrement là-bas sur le mur brut:

"Moi, cet enfant de mille races
Pétri d'Europe et des Indes

Taillé plus profondément dans le cri du Mozambique
Reconnaissant les racines
Je me tais en signe de deuil
Sur la part non partagée
Je suis nègre de préférence”.

Son auteur? Edouard Maunick, poète mauricien. J'ai donc lu son message et j'ai alors plaqué ma face brûlante contre ce mur plus dur que celui de tous les racismes et, à travers une chi-

che meurtrière, j'ai lu, fuyant sur les flots carnassiers, le destin du nègre. Un destin toujours et toujours renouvelé dans son indicible tragédie. Le parcours inépuisable de l'outrage de l'homme fait à l'homme. Merci, donc, à “*Edouard Maunick, poète mauricien, 1985*”, pour ce poignant message gravé là-bas, qui m'attendait, qui vous attend, qui m'accueillait, qui rencontrait le mien de toujours et me refaisait homme.

NOTAS

1. Je mentionnerai par exemple une décision du 15 mai 2006 relative à la Communication No. 245/2002 (*Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*) dans laquelle la Commission a fait sienne l'argumentation du Comité dans l'affaire *Hugo Rodriguez c. Uruguay* (Communication no 322/1988) ; dans cette affaire, le Comité avait estimé que les amnisties en matière de violations massives de droits de l'homme étaient incompatibles avec les obligations des Etats parties au titre du Protocole dans la mesure où elles favorisaient l'impunité. Je mentionnerai également la décision de la Commission du 30 mai 2007 relative à la Communication no 275/2003 (*Article 19 c. Erythrée*) dans laquelle elle a repris le raisonnement du Comité relativement à quatre questions examinées dans l'affaire *Albert Womah Mukong c. Cameroun* (Communication no 458/1991). La Commission avait ainsi fait sienne la définition de la notion d'"arbitraire" donnée par votre Comité ; elle s'était également référée à la conclusion du Comité selon laquelle en Etat partie au Pacte devait, quel que soit son niveau de développement, assurer un standard minimum en matière de conditions de détention, et l'existence d'une situation de guerre ne pouvait pas justifier des durées de détention provisoire excessives. Dans cette même décision, la Commission s'était également référée aux constatations du Comité dans l'affaire *A. c. Australie* (Communication no 560/1993) pour conclure qu'il appartenait au plaignant de prendre toutes les mesures nécessaires pour épuiser les recours internes et que le fait qu'il ait de simples doutes sur l'effectivité de ces recours ne le dispensait pas de tenter de les épuiser.
2. Bien avant de devenir Ambassadeur et Délégué permanent de son pays auprès de l'UNESCO et Ambassadeur de bonne volonté de cette belle Institution, ce pianiste argentin d'exception avait été l'hôte malheureux de geôles uruguayennes et été torturé durant sa détention, en raison de son appartenance au parti péroniste et de ses activités musicales considérées comme hautement subversives. Aux fins de lui faire avouer ses prétendues activités subversives, les geôliers avaient notamment simulé une amputation des mains du pianiste avec une scie électrique et l'avaient menacé de le faire assister à la torture de ses amis d'infortune. Dans ses constatations du 29 mars 1983, le Comité avait conclu à de nombreuses violations du Pacte, notamment en raison des actes de torture physiques mais aussi psychologiques dont le plaignant avait fait l'objet durant les premiers jours de sa détention. Le Comité avait ainsi assimilé les menaces d'amputation des mains du plaignant à une forme de torture psychologique. Dans son arrêt du 18 août 2000, rendu dans l'affaire *Cantoral Benavides c. Péron*, la Cour interaméricaine s'était appuyée sur les conclusions du Comité en la matière pour établir l'existence d'un véritable système international interdisant toute forme de torture.
3. (*Moriana Hernández Valentini de Bazzano c. Uruguay*, Communication No. 5/1977, Constatations du 15 août 1979).
4. Dans ce même arrêt, la Cour s'était également référée aux constatations adoptées par le Comité dans deux autres affaires pour souligner que l'obligation des Etats parties de fournir une assistance judiciaire gratuite s'imposait avec plus de force encore lorsque la sanction encourue était la peine capitale et que cette assistance devait être accordée de manière à permettre à l'avocat de préparer la défense de son client de telle manière que justice soit faite (*Antony Currie c. Jamaïque*, Communication No. 377/1989, Constatations du 31 mars 1994 et *Willard Collins c. Jamaïque*, Communication No. 240/1987, Constatations du 14 novembre 1991).
5. Dans cette affaire, le Comité avait en effet considéré qu'un Etat partie au Pacte contrevenait à ses obligations au titre du Protocole facultatif s'il prenait une mesure qui aurait pour effet d'empêcher le Comité de conclure l'examen d'une allégation de violation du Pacte ou qui rendrait l'action du Comité sans objet et l'expression de ses constatations sans valeur et de nul effet. Le Comité a apporté là une réponse bien nette à une question importante et il faut lui savoir gré d'avoir ainsi défriché un terrain rocailleux et tracé un chemin finalement emprunté par des organes judiciaires, tels la Cour européenne, ou encore la Cour internationale de Justice. Sans pour le moins du monde trahir le secret des délibérations auquel je suis encore tenu, je puis vous confier que cette question importante du caractère obligatoire des ordonnances en indication de mesures conservatoires a fait l'objet de longues discussions au sein de la Cour de La Haye et qu'il a fallu attendre l'arrêt de 27 juin 2001 dans l'affaire La-

- Grand (*Allemagne c. Etats-Unis d'Amerique*) pour qu'elle soit définitivement tranchée dans le sens proposé par le Comité près d'un an plus tôt; la Cour mondiale est en effet parvenue à la conclusion que les ordonnances indiquant des mesures conservatoires ont un caractère obligatoire. LaGrand (*Allemagne c. Etats-Unis d'Amerique*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, pp. 498-506 (par. 92-110).
6. *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 58 (par. 46) ; voir également, pp. 62-63 et p. 67.
 7. La Cour mondiale s'était ainsi référée à la pratique constante du Comité relativement à l'exercice de la compétence territoriale des Etats parties. Elle avait cité plusieurs affaires (Communications No. 52/79, *López Burgos c. Uruguay*, No. 56/79, *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay* et No. 106/81, *Montero c. Uruguay*) dans lesquelles le Comité avait conclu à l'applicabilité du Pacte dans tous les cas où un Etat partie exerce sa compétence en dehors de son territoire national. Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 179 (par. 109).
 8. La Cour avait ainsi repris à son compte l'interprétation stricte que le Comité y a donnée des restrictions à l'exercice de la liberté de circulation. La Cour avait indiqué ce qui suit: «Pour reprendre la formulation retenue par le Comité des droits de l'homme, [ces restrictions] "doivent être conformes au principe de la proportionnalité" et «doivent constituer le moyen le moins perturbateur parmi ceux qui pourraient permettre d'obtenir le résultat recherché" (CCPR/C/21/Rev.1 /Add.9, Observation générale No. 27, par. 14)», Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2004*, p.193 (par. 136).
 9. Dans cette observation générale, le Comité avait déclaré que les Etats parties au Pacte devaient limiter l'application de la peine capitale, et en particulier l'abolir pour tout ce qui n'entre pas dans la catégorie des crimes les plus graves et revoir leur législation en tenant compte de cette obligation.
 10. *Observation générale n. 18: Non-discrimination*.
 11. *Observation générale n. 20: Article 7 (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)*.
 12. Dans sa décision du 30 mai 2007 relative à la Communication 275/2003 (*Article 19 c. Erythrée*), la Commission s'était également référée à l'Observation générale No. 20 pour considérer que les détentions au secret (*incommunicado* detentions) étaient illégales dans la mesure où elles pouvaient être assimilées à un traitement inhumain.

DISCURSO PROFERIDO NA ABERTURA DO I CURSO BRASILEIRO INTERDISCIPLINAR EM DIREITOS HUMANOS: OS DIREITOS HUMANOS DESDE A DIMENSÃO DA POBREZA, NO DIA 18 DE JUNHO DE 2012, NO AUDITÓRIO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA, EM FORTALEZA, CEARÁ, BRASIL

*(A POBREZA CRÍTICA DESVIRTUA A PERSONALIDADE HUMANA
E É UM GRAVE DANO À LIBERDADE)*

• • • • •
Roberto Cuéllar
Diretor Executivo do IIDH

Estamos perante um seleto grupo de 105 personalidades ativistas e intelectuais dos direitos humanos, provenientes do Ceará e dos Estados do Brasil. Este destacado contingente humano é muito diferente do que iniciou o primeiro Curso Interdisciplinar do IIDH em setembro de 1983. Neste lapso, os tempos e as lutas mudaram o roteiro para a democracia e os direitos humanos revolucionaram a América. Em meio a tantos inimigos da humanidade e perante brutais atropelos à dignidade dos povos, o Brasil rejeitou o autoritarismo e empreendeu o caminho do progresso democrático. Ao longo da última década do século XX, essa heróica tendência regional foi comentada em sucessivas edições do Curso Interdisciplinar que depois de 30 anos, faz-se pela primeira vez fora da sede do IIDH e inauguramos hoje, em Fortaleza, com o Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, o governo e a procuradoria do Estado do Ceará e a Universidade de Fortaleza.

Este curso em Fortaleza o convocamos com a ideia fixa de indicar que a pobreza crítica é consequência acumulada de crimes econômicos contra a humanidade e que é a violação mais grave à dignidade humana. Este curso para o Brasil o organizamos com a ideia fixa de reconhecer que há responsáveis por estes crimes e que falta um enfoque de direitos nas políticas para erradicar a pobreza crítica. E, sem duvidá-lo, este curso o enfocamos para apontar na história recente da região – a partir de nosso grande anfitrião - que os direitos humanos

dos pobres nunca se respeitaram e que valem muito pouco em nossa democracia. Este é o Âmbito Político que o IIDH comprometeu-se em 2007, para abordar o problema dos direitos humanos e da democracia sob a dimensão da desigualdade social e dos direitos das comunidades em pobreza extrema. O compromisso do IIDH neste curso, como o forjamos na edição XXVI de 2008, consiste também em lembrar as obrigações dos Estados perante o sistema interamericano de direitos humanos e advertir sobre a responsabilidade de cumprir as decisões e as sentenças da CIDH e da Corte IDH que têm dado claras mostras para a proteção de grupos vulneráveis e excluídos em nossa América.

Em consequência, sob nossa perspectiva hemisférica, estamos empenhados em valorizar e promover a ação dos mecanismos do sistema interamericano para a exigibilidade dos direitos e lembrar as obrigações dos Estados quando a justiça local não funciona ou o faz timidamente em casos de extremas desigualdades, com graves deficiências e parcialidades. Ao longo de todo o processo do Curso, o IIDH demonstrará que a educação em direitos humanos, –que é um direito no Protocolo de São Salvador–, é uma poderosa ferramenta curricular para que as meninas, meninos e jovens em situação de pobreza, desde a primeira idade escolar, desenvolvam competências democráticas e de exercício pleno de direitos para assegurar seu próprio projeto de vida digna. Um dos direitos iniciais da democracia é a participação das pessoas, e

decidir sobre seu destino. Se queremos ter sucessos, há que fazê-lo desde a primeira idade escolar que forjem movimentos de direitos humanos “desde baixo”.

Analisaremos as inter-relações medulares entre a democracia e os direitos humanos que ainda não alcançam sequer cobrir o “conteúdo mínimo” dos direitos humanos das pessoas e das comunidades indigentes e em pobreza crítica. Este processo de pensamento dialético, que irá mais além do 1º Curso no Brasil, não oculta a negação dos direitos humanos e sociais, que desvirtua completamente a personalidade humana. A condição desumana da pobreza e da miséria – chamem-na exclusão se quiserem –, violenta não só seu entorno senão que é um grave delito contra a democracia, é um profundo dano à liberdade e nega a dignidade humana. Há milhões de pessoas às que seus direitos são desprezados em suas próprias famílias e grupos, nas penitenciárias “visivelmente lotadas de pobres que são delinquentes... ou de delinquentes que são pobres”, nos disse César Barros Leal no curso XXIX em 2011.

O mundo e o Brasil vivem em meio a novas inter-relações políticas mais favoráveis à liberdade e à justiça. Agora a cidadania latina e caribenha da América quer mais democracia e o expressa nas urnas, mas aspira que a democracia seja mais real e que, sem mais rodeios nem cúpulas, de forma mais simples, comprometida e direta, as instituições públicas e os partidos políticos aproximem-se e escutem o clamor das pessoas pela realização urgente e sem demoras de um projeto viável de vida digna. Agora nos assomamos à segunda década do século XXI, com suas transformações e mudanças aceleradas que têm gerado crescimento, ainda que também tenham agravado as brechas da desigualdade muito mais assimétrica entre países e dentro dos povos. Tais desajustes também têm provocado confrontações inimagináveis e ainda mais radicais entre culturas e civilizações que quando caducou o enfrentamento bipolar entre as duas ideologias, duras e puras, que dominaram a funesta guerra fria entre o capitalismo e o comunismo.

Ainda que hoje a globalização nos faça muito mais informados do desenvolvimento e também das tragédias humanas, muito rápido caem no esquecimento. Antes nos custava encontrar dados e informações fidedignas para denunciar a dor e o espanto pelas grotescas violações aos direitos humanos. Agora há muita imprensa virtual que nos mostra cada vez mais os detalhes da morte por fome, do desterro pelo êxodo de migrantes, e do rosto trágico da guerra na “moderna” escalada bélica internacional.

Mas, quem lê séculos na história e não a fecha ao ver as mesmas coisas com diferente data? As mesmas dores e as mesmas tragédias, as mesmas guerras e os mesmos tiranos, as mesmas correntes. Às graves atrocidades e aos grandes dramas lhes está passando o mesmo que às letras mortas. Passado um tempo, nem a extrema pobreza do lado nos diz algo. Nem emocionam, nem doem, nem comovem. A que segue é uma história verdadeira a propósito do cadáver de uma indigente de pouco mais de 30 anos que apareceu morta em uma rua urbana de uma capital da América Central. A declaração forense certificou que o decesso teria se produzido “por causas naturais”. Cabe perguntar-nos que sociedades seremos nas que a morte por fome, abandono e doença na rua, pode ser considerada “natural” e certificada assim por uma entidade oficial. Não faz muito, o presidente eleito de um país vizinho confessava-me a vergonha que lhe paralisava quando devia pedir o voto a pessoas que rebuscavam seus alimentos no lixo.

Tudo isto é por si só grave, a fome mata e o direito à alimentação é questão urgente de direitos humanos que se torna ainda mais sombria com a crise alimentar que paira sobre nossa região e, em maior gravidade, com os mais pobres. Acredito que não era isto o que os escritores latino-americanos acunharam na estética do “realismo mágico”, ainda que tanto é assim que terminamos por considerá-las normais e deixamos de indignar-nos perante o drama humano da miséria e da violência que causam os crimes econômicos contra a humanidade.

Nesta conjuntura de Copa do Mundo algo está ocorrendo no Brasil. Há sinais de esperança e também motivos de preocupação e, em qualquer caso, os paradoxos multiplicam-se. Como interpretar o fato de que, desde faz mais de uma década, os analistas venham falando de uma crescente “crise dos partidos políticos” na região, enquanto que no ano de 2002 assistimos a uma verdadeira “maratona eleitoral” com mais de 15 processos eleitorais e mais de 350 milhões de votantes brasileiros? E como interpretar o fato de que, segundo o Latino-barômetro de 2006, aproximadamente 70% dos latino-americanos pense que seu país está governado por grupos que só buscam seu benefício, junto ao fato de que, o apoio à democracia brasileira dure já mais de três lustros, e que dê um salto de qualidade em seu desenvolvimento social?

O Brasil saiu da ditadura há 25 anos e empreendeu o caminho de sua reconstrução civil. Mesmo que tenham tropeçado no início foram capazes de conduzir com bom governo e transparência à admirável condição atual. É a partir desse

fundamento que as transições são confiáveis até para os mais pobres. E o novo – assim como surpreendente -, é que os pobres de nossa região não tenham se desencantado com a democracia. São quem, de maneira majoritária, comparecem pontualmente às urnas, com a esperança de encontrar resposta a sua desesperante situação. Assim, entre a impaciência e a resignação, os pobres da América Latina têm sido e são o suporte de nossas democracias. Quanto tempo mais durará sua “ardente paciência”?

Se é certo que os seres humanos nascemos iguais, que devemos fazer para que esse momento –o do nascimento- não seja o primeiro e o último em que somos verdadeiramente iguais? Como faremos para que esses quatro de cada dez latino-americanos que hoje sobrevivem na pobreza tenham direitos humanos, sem que isso seja o único que têm? Pois, como sabemos, ser titular de direitos não alivia a fome nem previne ou cura as doenças, não tem teto que protege do frio nem veste nem educa nossos filhos e filhas... Quem responde pelos direitos dos pobres?

Não deixa de ser paradoxal que ainda os governos de característica “progressista”, os quais em anos recentes acederam ao poder na região,

mostrem sérias reservas quando se trata de reconhecer que existe um “enfoque de direitos” relacionado com a pobreza e os direitos humanos. Hoje gostaríamos de imaginar que, em um futuro não muito afastado, os tribunais de justiça converter-se-ão em um cenário legítimo para expor reclamações em torno a estes muito humanos direitos, como por exemplo, o direito à alimentação pelas mortes e à educação nas escolas em perigo de extinção pela desigualdade.

No discurso que pronunciou ao receber o doutorado honoris causa que lhe concedeu a Universidade de Lovaina, Monsenhor Oscar Romero advertia do perigo que supõe “a falsa universalização que sempre termina em conivência com os poderosos.” Acredito que esse é o perigo de cair em uma simples retórica quando falamos da pobreza e dos direitos humanos. Os direitos humanos, como sabemos, são universais, inerentes a todas as pessoas de qualquer condição social, e essa é sua fortaleza, mas ficarmos aí, contentar-nos com isso, seria cair na “relativa universalização” (Nikken). Só colocando nossos empenhos em traduzir em realidades concretas tal universalismo, serviremos verdadeiramente à causa dos direitos humanos e dos mais pobres.

CONSELHO EDITORIAL

- **Antônio Augusto Cançado Trindade (Presidente de Honra)**

Ph.D. (Cambridge – Prêmio Yorke) em Direito Internacional; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; Juiz e ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; ex-Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Membro do Conselho Diretor do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo) e da Assembleia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Membro Titular do “Institut de Droit International” e Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia).

- **César Oliveira de Barros Leal (Presidente)**

Pós-doutor em Estudos Latino-americanos (Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da Universidade Nacional Autônoma do México); Pós-doutor em Direito (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina); Doutor em Direito (UNAM); Procurador do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da UFC; Membro da Assembleia Geral e do Conselho Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Membro Academia Brasileira de Direito Criminal e da Academia Cearense de Letras.

- **Paulo Bonavides (1º Vice-Presidente)**

Doutor em Direito; Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Professor Visitante nas Universidades de Colônia (1982), Tennessee (1984) e Coimbra (1989); Presidente Emérito do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional; Doutor Honoris Causa pela Universidade de Lisboa; Titular das Medalhas “Rui Barbosa”, da Ordem dos Advogados do Brasil (1996) e “Teixeira de Freitas”, do Instituto dos Advogados Brasileiros (1999).

- **Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati (2º Vice-Presidente)**

Coordenadora do Curso de Direito do Instituto Camillo Filho; Presidente da Academia Piauiense de Letras Jurídicas; Membro da Academia Piauiense de Letras; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

- **Antônio Álvares da Silva**

Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Juiz Togado do Tribunal Regional do Trabalho – TRT – da 3ª Região.

- **Antônio Celso Alves Pereira**

Ex-Reitor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro; Professor de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro; Professor de Política Internacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

- **Antônio Otávio Sá Ricarte**

Professor Assistente do Instituto Rio Branco; ex-Delegado no Brasil ante o Escritório das Nações Unidas em Genebra.

• **Bleine Queiroz Caúla**

Doutoranda em Direito - Área Ciências Jurídico-Políticas (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito Processual Civil (Universidade de Fortaleza - UNIFOR); Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare 2008; Parecerista da Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará; Professora da Graduação e da Pós-Graduação da UNIFOR; Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais – NEI e do Núcleo de Pesquisa – NUPESQ do Centro de Ciências Jurídicas da UNIFOR.

• **Carlos Weis**

Defensor Público do Estado de São Paulo; Professor de Direitos Humanos da Academia de Polícia do Estado de São Paulo; ex-Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

• **Catherine Maia**

Professora na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto (Portugal); Visiting Professor em Sciences Po, na Universidade Católica de Lille e na ENS Cachan (França); Investigadora na Academia Internacional de Direito Humanitário e Direitos Humanos de Genebra (Suíça); Membro do Centro de Direito Internacional (Brasil).

• **Elkin Eduardo Gallego Giraldo**

Presidente do Instituto Colombiano de Direitos Humanos (ICDH); Docente da Faculdade de Direito da Universidade Autônoma Latino-americana e Universidade San Buenaventura - Seccional Medellín; Especialista em Direito Administrativo e Mestrando em Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário da Universidade Santo Tomas, com estudos avançados em Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional.

• **Emília Segares**

Secretária Adjunta da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

• **Emmanuel Teófilo Furtado**

Pós-doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca – Espanha; Professor Visitante da Universidade de Havre - França; Professor de Direito da Universidade Federal do Ceará; Juiz Titular da 10ª Vara do Trabalho de Fortaleza.

• **Gerardo Caetano**

Doutor em História, Universidade Nacional de La Plata, Argentina; Historiador e Politólogo; Coordenador Acadêmico do Observatório Político do Instituto de Ciência Política, Universidade da República (desde 2005 até a presente data); Integrante do Conselho Superior da Faculdade Latino-americana de Ciências Sociais (FLAC-SO); Investigador e Catedrático Titular Grau 5 na Universidade da República.

• **Gonzalo Elizondo Bredy**

Professor Titular da Universidade da Costa Rica; ex-Diretor da Área de Instituições Públicas do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

• **Juan Carlos Murillo**

Representante do ACNUR para a América Central.



- **Julieta Morales Sánchez**

Doutora em Direito pela Universidad Nacional Autónoma do México; Professora da Faculdade de Direito da UNAM; Mestre em Direito com Menção Honorífica; Título de Especialista em Direitos Humanos e Certificado de Estudos Avançados de Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Castilla La Mancha (Espanha).

- **Lília Sales de Moraes**

Bolsista de Produtividade em Pesquisa- CNPq; Pós-doutora pela Universidade de Columbia (EUA); Doutora em Direito pela UFPE; Mestre em Direito pela UFC, com formação em Mediação de Conflitos na Universidade de Harvard; Professora Titular da Unifor; Vice-Reitora de Pesquisa e Pós-Graduação da Unifor; Diretora-Presidente do Instituto Mediação Brasil; Coordenadora de pesquisas como: Mulheres da Paz; Flores do Bom Jardim; Mediação Escolar e Mediação Policial.

- **Manuel E. Ventura Robles**

Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Membro Associado do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional.

- **Margarida Genevois**

Membro da Comissão de Justiça e Paz do Estado de São Paulo; Coordenadora da Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos.

- **Maria Glaucéria Mota Brasil**

Doutora em Serviço Social; Mestre em Sociologia; Professora Adjunta do Departamento de Serviço Social e do Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade da Universidade Estadual do Ceará.

- **Pablo Saavedra Alessandri**

Secretário da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

- **Philippe Couvreur**

Secretário da Corte Internacional de Justiça (Haia); Professor de Direito Internacional Público da Universidade do País Basco, San Sebastián, Espanha.

- **Renato Zerbini Ribeiro Leão**

Doutor em Direito Internacional e Relações Internacionais pela Universidade Autónoma de Madri – UAM; Representante do ACNUR no Brasil; Pesquisador Associado na Universidade de Brasília; Professor da UniCEUB em Brasília; Advogado.

- **Roberto Cuéllar**

Diretor Executivo do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; ex-Diretor de Investigação e Desenvolvimento do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

- **Ruth Villanueva Castilleja**

Doutora em Direito pela Universidade Nacional Autónoma do México; Membro do Sistema Nacional de Investigadores do México; ex-Presidenta do Conselho Federal de Menores do México.

• **Sérgio Urquhart de Cademartori**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor do doutorado da Universidade de Granada e Professor associado da UFSC; Pesquisador Nível 2 do CNPq; Membro do Instituto de Direito Administrativo da Santa Catarina (IDASC).

• **Sílvia Maria da Silveira Loureiro**

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília; Especialista em Direito Processual pelo Instituto Superior de Administração e Economia da Amazônia/Fundação Getúlio Vargas; Professora do Curso de Direito da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas.

• **Wagner Rocha D'Angelis**

Mestre e Doutor em Direito; Presidente da Associação de Juristas pela Integração da América Latina; Professor de Direito Internacional Público e Direito da Integração da Universidade Tuiuti (Paraná).

