ISSN 1677-1419

Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 9, Vol. 9, Número 9 - 2009

ORGANIZADORES
ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE
CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL

Revista do

Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 9, Vol. 9, Número 9 - 2009

Homenageado especial
Emilio José García Mercader

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. Papicu
CEP: 60190.760
Fortaleza - Ceará - Brasil
Telefax: +55 85 3234.32.92
http://www.ibdh.org.br

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

IBDH

Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 9, Vol. 9, Número 9 - 2009

Organizadores:
Antônio Augusto Cançado Trindade
César Oliveira de Barros Leal

Conselho Editorial
Antônio Augusto Cançado Trindade
César Oliveira de Barros Leal
Paulo Bonavides
Washington Peluso Albino de Souza
Alexsandra de Lima
Antônio Álvares da Silva
Antônio Celso Alves Pereira
Antônio Otávio Sá Ricarte
Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Arnaldo Oliveira
Carlos Weis
Emília Segares
Emmanuel Teófilo Furtado
Gonzalo Elizondo Breedy
Hélio Bicudo
Hermes Vilchez Guerrero
Juan Carlos Murillo
Manuel E. Ventura-Robles
Margarida Genevois
Maria Glaucíria Mota Brasil
Néstor José Méndez González
Pablo Saavedra Alessandri
Renato Zerbini Ribeiro Leão
Roberto Cuéllar
Ruperto Patiño Manffer
Sílvia Maria da Silva Loureiro
Theresa Rachel Couto Correia

Projeto Gráfico/Capa
Nilo Alves Júnior

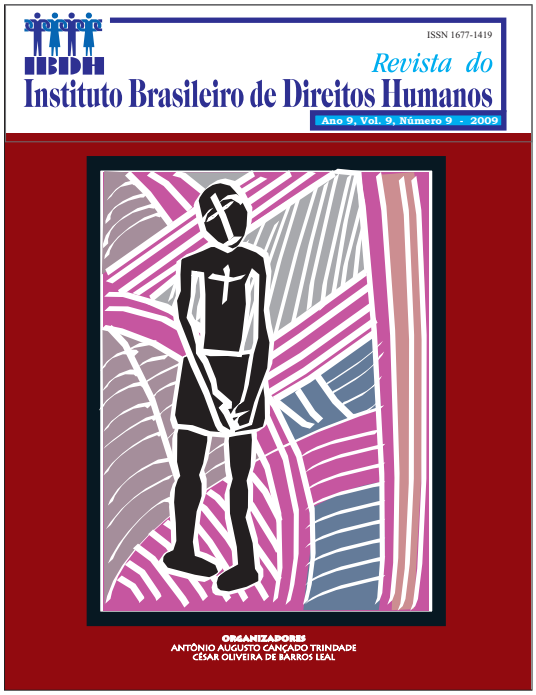
Diagramação
Franciana Pequeno

Revisão
César Oliveira de Barros Leal

Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.
V. 9, N. 9 (2009). Fortaleza, Ceará.
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2009.
Anual.

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

CDU



Sumário

Ano 9, Vol. 9, Número 9 - 2009

- Conselho Consultivo 05
- Apresentação 09

I- O Direito Ambiental sob a Perspectiva da Proteção Internacional à Pessoa Humana
Ana Beatriz Costa Koury e Daniel Leão Sousa.....11

II- *Jus Cogen* - The Determination and the Gradual Expansion of its Material Content
Antônio Augusto Cançado Trindade.....29

III- In Search of Symbiosis: The Security Council in the Humanitarian Domain
Aurélio Viotti.....45

IV- A Defensoria Pública como Instrumento de Efetivação dos Direitos Humanos
César Barros Leal.....63

V- Derechos Humanos y Discriminación Racial: Una Nueva Mirada Hacia la Multiculturalidad
Djason B. Della Cunha.....67

VI- Um Estudo sobre a Construção do Conceito do Crime de Genocídio pelos Tribunais Internacionais Penais para a ex-Iugoslávia e Ruanda
Eduardo Araujo Pereira Junior.....75

VII- Justicia Penal y Derechos Humanos
Emma M. Bremauntz........91

VIII- O Fenômeno da Judicialização da Política: Tensão entre Democracia e Constitucionalismo
Emmanuel Teófilo Furtado e **Carlos Henrique de Aragão Cavalcante**.....109

IX- La Collégialité à la Cour Européenne des Droits de L'homme
Jean-François Flauss.....121

X- El Caso Witz Rodríguez a la Luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Ponderación Constitucional, Libertad de Expresión y Límites
Julieta Morales Sánchez.....129

XI- The Role of the Council of Europe and its Committee of Ministers Analyzing the Efficiency of Measures taken under Article 46(2) of the Echr
Leo Zwaak.....139

XII- The Role of Rule of Law and Justice in the War-Torn Region of Darfur for a Sustainable Peace Process in Sudan
Luciana Peres.....155

XIII- Os Direitos Humanos das Mulheres sob o Olhar das Nações Unidas e o Estado Brasileiro
Mércia Cardoso de Souza e **Déborah Barros Leal Farias**.....169

XIV- Dignidad, Legitimidad, Resistencia
Raquel Sosa Elízaga.....179

XV- Los Derechos Humanos y los Principios Sustantivos en el Campo de los Menores
Ruth Villanueva Castilleja.....185

XVI- O Modelo Janicéfalo de Incorporação dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição: As Perplexidades da Validade e da Aplicabilidade do Novo Parágrafo 3º do Artigo 5º
Sílvia Maria da Silveira Loureiro e **Jamilly Izabela de Brito Silva**.....193

XVII- O Regime Jurídico dos Tratados de Direitos Humanos e sua Projeção no Direito Brasileiro: O Papel Internacional das Jurisdições Nacionais
Vinícius Fox D. Cançado Trindade.....209

ANEXOS

XVIII-Quelques Réflexions à L'Occasion de la Première Réunion des Trois Cours Régionales des Droits de L'Homme
Antônio Augusto Cançado Trindade.....231

XIX- Convenio General de Colaboración celebrado entre el Centro Universitario de Ixtlahuaca y el Instituto Brasileño de Derechos Humanos.....243

XX- Instrumentos Jurídicos Internacionais - Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José)
Jorge Arizmendi e Outros.....249

- Conselho Editorial.....263

ISSN 1677-1419

Apoio:

Banco do Nordeste

O nosso negócio é o desenvolvimento

IBDH

BRASIL
UM PAÍS DE TODOS
GOVERNO FEDERAL

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 Assembléia 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 UNAM); Doutor em Direito com menção honorífica pela Universidade Nacional Autônoma do México; Mestre em Direito; Procurador do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; ex-Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Membro da Assembléia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e da Academia Brasileira de Direito Criminal; Membro da Academia Cearense de Letras e da Academia de Ciências Sociais do Ceará.

- **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).

- **Washington Peluso Albino de Souza (2º Vice-Presidente)**

Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; ex-Diretor e Decano da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Presidente da Fundação Brasileira de Direito Econômico.

- **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.

• **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; Autor de obras sobre Criminologia, Direito Penal e Penitenciarismo.

• **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-Secretário da Justiça do Estado do Ceará; ex-Secretário do Governo do Estado do Ceará; ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

• **Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati**
Advogada; ex-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Piauí; Conselheira Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

• **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 Discrimi-

nação e Proteção de Minorias das Nações Unidas; Membro do Conselho Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

- **Jaime Ruiz de Santiago**

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 (Suiça).

- **Karel Vasak**

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

- **Nilzardo Carneiro Leão**

Professor da Faculdade de Direito de Recife (Pernambuco); Professor de Direitos Humanos da Academia de Polícia de Pernambuco.

- **Ruth Villanueva Castilleja**

Doutora em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México; Membro do Sistema Nacional de Investigadores do México; ex-Presidenta do Conselho Federal de Menores do México.

- **Sergio García Ramírez**

Investigador no Instituto de Investigações Jurídicas e Membro da Junta de Governo da Universidade Nacional Autônoma do México; 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

- **Wagner Rocha D'Angelis**

Mestre e Doutorando 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).

APRESENTAÇÃO*

O Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH) tem a satisfação de dar a público o nono número de sua *Revista*, instrumento pelo qual contribui com periodicidade regular para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa na área dos direitos humanos, visando à promoção desses no âmbito da realidade brasileira. No entendimento do IBDH, o ensino e a pesquisa em direitos humanos giram necessariamente em torno de alguns conceitos básicos. Há que afirmar, de início, a própria *universalidade* dos direitos humanos, inerentes que são a todos os seres humanos, e conseqüentemente superiores e anteriores ao Estado e a todas as formas de organização política. Por conseguinte, as iniciativas para sua promoção e proteção não se esgotam – não se podem esgotar – na ação do Estado.

Há que igualmente destacar a interdependência e *indivisibilidade* de todos os direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais). Ao propugnar por uma visão necessariamente *integral* de todos os direitos humanos, o IBDH adverte para a impossibilidade de buscar a realização de uma *categoria* de direitos em detrimento de outras. Quando se vislumbra o caso brasileiro, a concepção integral dos direitos humanos impõe-se com maior vigor, porquanto desde os seus primórdios de sociedade predatória até o acentuar da crise social agravada nos anos mais recentes, nossa história tem sido até a atualidade marcada pela exclusão, para largas faixas populacionais, seja dos direitos civis e políticos, em distintos momentos, seja dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A concepção necessariamente integral de todos os direitos humanos se faz presente também na dimensão temporal, descartando fantasias indemonstráveis como a das *gerações de direitos*, que têm prestado um desserviço à evolução da matéria ao projetar uma visão fragmentada ou atomizada no tempo dos direitos protegidos. Todos os direitos para todos é o único caminho seguro. Não há como postergar para um amanhã indefinido a realização de determinados direitos humanos. No presente domínio de proteção impõe-se maior rigor e precisão conceituais, de modo a tratar, como verdadeiros direitos que são, os direitos humanos em sua totalidade.

Para lograr a eficácia das normas de proteção, há que partir da realidade do quotidiano e reconhecer a necessidade da contextualização das normas de proteção em cada sociedade humana. Os avanços logrados nesta área têm-se devido, em grande parte, sobretudo, às pressões da sociedade civil contra todo tipo de poder arbitrário, somadas ao diálogo com as instituições públicas. A cada meio social está reservada uma parcela da obra de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos.

Os textos, em várias línguas, que compõem este nono número da *Revista do IBDH* enfeixam uma variedade de tópicos atinentes à temática dos direitos humanos. As contribuições enfocam pontos de extrema relevância como: O Direito Ambiental sob a Perspectiva da Proteção Internacional à Pessoa Humana; Jus Cogen – The Determination and the Gradual Expansion of its Material Content; In Search

of Symbiosis: The Security Council in the Humanitarian Domain; A Defensoria Pública como Instrumento de Efetivação dos Direitos Humanos; Derechos Humanos y Discriminación Racial: Una Nueva Mirada Hacia la Multiculturalidad; Um Estudo sobre a Construção do Conceito do Crime de Genocídio pelos Tribunais Internacionais Penais para a ex-Iugoslávia e Ruanda; Justicia Penal y Derechos Humanos; O Fenômeno da Judicialização da Política: Tensão entre Democracia e Constitucionalismo; La Collégialité à la Cour Européenne des Droits de L'Homme; El Caso Witz Rodríguez a la Luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Ponderación Constitucional, Libertad de Expresión y Límites; The Role of the Council of Europe and its Committee of Ministers Analyzing the Efficiency of Measures taken under Article 46(2) of The Echr; The Role of Rule of Law and Justice in the War-Torn Region of Darfur for a Sustainable Peace Process in Sudan; Os Direitos Humanos das Mulheres sob o Olhar das Nações Unidas e o Estado Brasileiro; Dignidad, Legitimidad, Resistencia; Los Derechos Humanos y los Principios Sustantivos en el Campo de los Menores; O Modelo Janicéfalo de Incorporação dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição: As Perplexidades da Validade e da Aplicabilidade do Novo Parágrafo 3º do Artigo 5º; O Regime Jurídico dos Tratados de Direitos Humanos e sua Projeção no Direito Brasileiro: O Papel Internacional das Jurisdições Nacionais. Em anexo: Quelques Réflexions à L'occasion de la Première Réunion des Trois Cours Régionales des Droits de L'Homme, Convenio General de Colaboración celebrado entre el Centro Universitario de Ixtlahuaca y el Instituto Brasileño de Derechos Humanos e Instrumentos Jurídicos Internacionais – Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José).

Entende o IBDH que, no presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se encontram em constante interação, em benefício de todos os seres humanos protegidos. Assim sendo, manifesta o IBDH sua estranheza ante o fato de não se estar dando aplicação cabal ao art. 5°, §2°, da Constituição Federal Brasileira vigente, de 1988, o que acarreta responsabilidade por omissão. No entendimento do IBDH, por força do art. 5°, §2°, da Constituição Brasileira, os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte incorporam-se ao rol dos direitos constitucionalmente consagrados. Há que os tratar dessa forma, como preceitua nossa Constituição, para buscar uma vida melhor para todos quantos vivam no Brasil.

Nesse sentido, o IBDH repudia as alterações introduzidas pelo novo art. 5, §3°, da emenda constitucional n. 45 (promulgada em 08.12.2004), o qual revela inteiro desconhecimento da matéria, da 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 bizonha novidade, sem precedentes e sem paralelos, leva o IBDH a reafirmar, com ainda maior veemência, a autosuficiência e autoaplicabilidade do art. 5, §2°, da Constituição Federal brasileira.

Como um repositório de pensamento independente e de análise e discussão pluralistas sobre os direitos humanos, a Revista do IBDH busca o desenvolvimento do ensino e da pesquisa sobre a matéria em nosso País. Desse modo, na tarefa de consolidação de um paradigma de observância plena dos direitos humanos em nosso meio, espera o IBDH poder dar sua contribuição à redução do fosso que separa o quotidiano dos cidadãos brasileiros do ideário embutido na Constituição Federal e consagrado nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos em que o Brasil é Parte.

Antônio Augusto Cançado Trindade
César Oliveira de Barros Leal

* Apresentação padrão dos dez primeiros números.

O DIREITO AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL À PESSOA HUMANA*

Ana Beatriz Costa Koury
Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional – GEDI – e do Grupo de Estudos de Direito Internacional dos Direitos Humanos – GEDI-DH – pela Faculdade de Direito da UFMG; Bolsista do CNPq.

Daniel Leão Sousa
Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional – GEDI – e do Grupo de Estudos de Direito Internacional dos Direitos Humanos – GEDI-DH – pela Faculdade de Direito da UFMG; ex-intercambista em Direito na *Université Paris I Panthéon – Sorbonne*.

1. A "HUMANIZAÇÃO" DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

O Direito Internacional dos Direitos Humanos recebeu atenção da comunidade internacional a partir, sobretudo, dos anos que se seguiram à II Guerra Mundial. O *corpus juris* desse ramo do Direito, destarte, sofreu consideráveis expansões nas últimas seis décadas, com a adoção de variados instrumentos internacionais, além da criação de um Sistema Universal e de Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos. Todos com o mesmo fim: a salvaguarda da pessoa humana, e a garantia de que a barbárie a que se assistiu na primeira metade do século XX não mais se repetiria.

Tal desenvolvimento, como bem se sabe, precedeu a construção do Direito Ambiental Internacional, crescente a partir da década de 60[1] e, especialmente, após a I Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente, de 1972. Natural foi, portanto, a tendência de que se adotasse uma visão "antropocêntrica" do Direito Ambiental, ou, em outros termos, que esse se revelasse, *a priori*, como meio de proteção dos seres humanos, e não como um fim em si mesmo. Tal entendimento é expresso logo no Princípio 1 da Declaração de Estocolmo: "O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade, tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar." Todavia, com o desenvolvimento dos diversos ramos do Direito Ambiental Internacional, tal postura seria sobrepujada pela idéia de que a proteção ambiental constitui um fim autônomo.[2]

Importante é ressaltar, nesse sentido, que, ao contrário do que se pode pensar, as duas visões não devem ser encaradas como excludentes. Isso corresponderia a tolher a expansão do Direito Ambiental e, ao mesmo tempo, negar uma realidade que nos é patente: a vida humana guarda relação de dependência para com as condições ambientais. A própria construção do *direito a um meio ambiente sadio* contribui para a afirmação de que a perspectiva "humanista" de análise da proteção ambiental não se encontra, de forma alguma, superada.

Na presente exposição discutir-se-á, portanto, o nascimento e evolução do direito a um meio ambiente sadio, bem como as contribuições oferecidas pelos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos à construção desse direito e à proteção do meio ambiente.

2. SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

É possível constatar aproximações normativas no que concerne à proteção ao meio ambiente e à proteção à pessoa humana, tanto em instrumentos internacionais de direitos humanos quanto em instrumentos que versam sobre o Direito Ambiental Internacional. Nesse sentido adverte TRINDADE:

> "Pode-se em nossos dias detectar um ponto de contato entre a proteção dos direitos humanos e a proteção ambiental na preocupação com esta última nos instrumentos internacionais de direitos humanos e, reversamente, na preocupação com a proteção dos direitos

humanos nos instrumentos internacionais de direito ambiental."[3]

Tal "ponto de contato" será examinado, no presente trabalho, por meio da análise comparada dos quatro sistemas internacionais de proteção à pessoa humana, quais sejam: Sistema Universal (Sistema ONU); Sistema Europeu; Sistema Interamericano e Sistema Africano.

2.1 Sistema Universal (Sistema ONU)

O Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos (ou Sistema ONU) é composto por instrumentos de direitos humanos que formam um *corpus juris* internacional de proteção a esses direitos, bem como por pareceres de seus órgãos especializados advindos da análise de casos concretos de violações. Vale notar que esse sistema evolui aos poucos, concomitantemente à própria evolução da preocupação com os direitos humanos em âmbito internacional[4]. Passar-se-á a análise dos *(i)* instrumentos de direitos humanos; dos *(ii)* instrumentos de direito ambiental; do (*iii*) direito internacional costumeiro e, por fim, dos *(iv)* procedimentos quase judiciais do Comitê de Direitos Humanos da ONU, que evidenciam a relação de interdependência entre os direitos humanos e a proteção ao meio ambiente.

(i) Instrumentos de Direitos Humanos

A grande maioria dos tratados de direitos humanos foi elaborada e adotada antes de a proteção ambiental tornar-se uma preocupação internacional. Há, por isso, poucas referências à matéria do meio ambiente nos instrumentos internacionais de direitos humanos. Contudo, dispositivos relacionados à proteção de determinados direitos humanos (o direito à saúde, por exemplo) muitas vezes incluem questões referentes à proteção ambiental.[5]

Sem a pretensão de realizar uma lista exaustiva de tais instrumentos, passa-se à análise daqueles paradigmáticos e frutos de referências constantes na doutrina e em documentos de direitos humanos. Senão vejamos:

A ***Declaração Universal dos Direitos Humanos***, pilar no que concerne à proteção à pessoa humana, reconhece que todos são titulares de uma *ordem* social e internacional nas quais os direitos e liberdades previstos nessa Declaração possam ser plenamente efetivados.[6] É comumente aceito que a "ordem" à qual a Declaração se refere também inclui a preocupação atual com o meio ambiente.[7]

Em 1966, o advento do ***Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais***[8] representou significativo passo no processo de construção do meio ambiente sadio como um direito humano. O Pacto arrola, como um dos meios de efetivação do direito à saúde (artigo 12), a melhoria dos aspectos de higiene ambiental (artigo 12.2.b). Não difere dessa orientação o ***Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU***, que, em seu ***Comentário Geral nº 14***, acerca do mesmo Pacto, desenvolve a idéia em referência:

> "a referência no artigo 12.1 da Convenção ao "mais elevado nível possível de saúde física e mental" não é limitada ao direito à assistência sanitária. Ao contrário, a história da elaboração e os termos constantes do artigo 12.2 demonstram que o direito à saúde inclui uma ampla extensão de fatores socioeconômicos que promovem condições nas quais as pessoas possam orientar a uma vida saudável, e estende aos mais destacados determinantes da saúde, como alimentação e nutrição, moradia, acesso à água segura e potável e saneamento básico, condições de trabalho seguras e saudáveis, e meio ambiente saudável." [9]

Já em 1968, vinte anos após a adoção da Declaração Universal, realizou-se a ***I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas***, em Teerã, onde foi adotada a ***Proclamação de Teerã.***[10] Tal documento é tido como paradigmático no que concerne ao reconhecimento da interrelação e indivisibilidade dos direitos humanos, "não permitindo discriminar direitos de liberdade de direitos sociais em sua valoração ou prioridade de garantia."[11] No que concerne à preocupação com o meio ambiente, a Proclamação de Teerã chama atenção para o legado a ser deixado para as gerações futuras: "não [se] descuidou de lembrar as aspirações das novas gerações por [um] 'mundo melhor', no qual se implementem plenamente os direitos humanos (parágrafo 17)."[12]

A ***Convenção dos Direitos da Criança,***[13] de 1989, dispõe sobre os aspectos de proteção ambiental em respeito ao direito das crianças à saúde (artigo 24).[14] Além do mais, a Convenção refere-se explicitamente à necessidade de a educação das crianças ser direcionada, *inter alia*, a desenvolver o respeito ao meio ambiente natural (artigo 29 (e)).[15]

Ainda, no ano de 1989, a ***Subcomissão sobre Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias das Nações Unidas*** adotou uma decisão (n. 198/108) a fim de preparar um estudo sobre os problemas do meio ambiente e sua relação com

os direitos humanos.[16] Em 1993, Fatma Ksentini, ***Special Rapporteur***, apresentou o relatório final sobre Direitos Humanos e o Meio Ambiente, em que considera logo em seu primeiro parágrafo:

> "Meio ambiente, desenvolvimento, democracia, direitos humanos: esses são os problemas chave que caracterizam o fim desse século e propõem o desafio contínuo de estabelecer uma ordem na qual, em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos, os direitos nela dispostos possam ser plenamente realizados."[17]

A ***Declaração e Programa de Ação de Viena,***[18] fruto da ***II Conferência Mundial de Direitos Humanos***, ocorrida em Viena no ano de 1993, consagra, em seu capítulo 11, o direito humano ao meio ambiente como direito ao desenvolvimento. Além disso, tal Conferência foi de fundamental importância para a evolução da proteção dos direitos humanos, a qual, posteriormente veio a refletir na seara do Direito Ambiental, ao integrar as três vertentes de proteção à pessoa humana (os Direitos Humanos, Humanitário e dos Refugiados)[19], bem como ao "superar o relativismo cultural e religioso, reafirmando o caráter universal e indivisível dos direitos humanos."[20]

(ii) Instrumentos de Direito Ambiental

Da mesma forma que se constata a preocupação com o meio ambiente na seara dos Direitos Humanos, os instrumentos de proteção ambiental concedem relevo à proteção à pessoa humana. A preocupação com a proteção dos direitos humanos é "subjacente aos instrumentos de direito ambiental, na medida em que estes últimos visam a proteção do meio ambiente, que, em última análise beneficiará os seres humanos e a humanidade."[21] Isso fica evidente nos documentos que fazem menção aos direitos humanos de maneira explícita.

A ***I Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente***, sediada em Estocolmo – Suécia, em 1972, além de refletir na adoção da ***Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo)***, "lançou a pedra fundamental dos debates internacionais sobre diversas questões ambientais até então irrefletidas, ensejando a vinculação necessária sobre a proteção conjunta de direitos interdependentes e relacionados, como a vida humana e seu desenvolvimento, a poluição e o esgotamento dos recursos não-renováveis."[22] Logo em seu preâmbulo, a Declaração de Estocolmo menciona que os aspectos naturais e artificiais do meio ambiente humano são "essenciais a seu bem-estar e ao gozo dos direitos humanos fundamentais – inclusive o próprio direito à vida."[23]

Nos anos que se seguiram a 1972, alguns tratados multilaterais[24] foram adotados com vistas à proteção ao meio ambiente, sem, contudo, focar na questão do desenvolvimento humano, tampouco no direito fundamental ao meio ambiente sadio, reconhecido como tal pela Declaração de Estocolmo.[25]

Como forma de solucionar tal lacuna, foi estabelecida uma ***Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Comissão Brundtland).***[26] Em 1987 a Comissão Brundtland reportou-se à Assembléia Geral das Nações Unidas, propondo princípios jurídicos por meio dos quais foram destacados os principais problemas ambientais e formas de equacioná-los no futuro. Tais princípios também trouxeram importante definição de *desenvolvimento sustentável*, qual seja: "aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades."[27]

Ainda, TRINDADE chama atenção para o fato de a Comissão Brundtland ter reconhecido o direito dos indivíduos de terem acesso às informações sobre o meio ambiente, bem como o direito de participarem dos processos decisórios referentes a atividades que possam refletir significativamente sobre o meio ambiente.[28] Tais direitos ensejaram a criação de recentes e importantes documentos das Nações Unidas relativos ao acesso à informação.[29]

A partir do relatório elaborado pela Comissão Brundtland, a Organização das Nações Unidas (ONU) convocou uma Conferência Mundial para tratar profundamente do tema.[30] Em 1992, então, o Rio de Janeiro deu sede à ***Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento***, também denominada ***Rio 92*** ou ***ECO 92***. A Rio 92 foi responsável por, *inter alia*, adotar a ***Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Declaração do Rio)***[31] e a ***Agenda 21.***[32] Ambas "encontram-se permeadas de elementos próprios ao universo conceitual dos direitos humanos e hoje comuns aos dois domínios de proteção (do ser humano e do meio ambiente)."[33] A Declaração do Rio prevê, em seu Princípio 1: "Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza."

Grande dificuldade foi enfrentada nos anos que sucederam à Rio 92, principalmente no que concerne à concretização do disposto na Agenda 21. Exemplo claro disso é a resistência dos Esta-

dos Unidos em ratificar o Protocolo de Kyoto[34], como destacado por ANNONI.[35]

No ano de 2002, em Johannesburgo, África do Sul, ocorreu a ***Terceira Conferência Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável***, também conhecida por ***Rio+10***. Ela foi vista como uma "nova oportunidade de se rever os problemas ambientais e humanos que afligem as populações no mundo todo."[36] Contudo, a Rio+10 evidenciou o grave conflito de interesses existente entre os Estados desenvolvidos e aqueles em desenvolvimento ou subdesenvolvidos no que diz respeito à proteção ambiental e à promoção dos direitos humanos.

Por fim, é fundamental destacar a interdependência dos documentos aqui apontados, de forma que apenas a análise conjunta de todos eles nos permite visualizar a evolução da proteção do meio ambiente e, em última análise, a do ser humano. Tem-se, como exemplo, a evolução da relação entre o meio ambiente e o desenvolvimento: a Declaração de Estocolmo não fazia menção explícita à questão do desenvolvimento, enquanto a Comissão Brundtland trouxe a idéia de desenvolvimento sustentável, consolidada, por fim, pelas conferências Rio 92 e Rio+10. É, portanto, significativa a influência desses documentos na construção e evolução dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos.

(iii) Direito Internacional Costumeiro

Apesar de o Direito Ambiental possuir desenvolvimento recente enquanto ramo do Direito Internacional, é plausível afirmar-se a existência de regras internacionais de direito costumeiro relativas à proteção do meio ambiente. Em tal contexto, destaca-se a obrigação dos Estados de não conduzir ou permitir a prática de atividades, dentro de seus territórios, das quais decorram danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas externas aos limites de sua própria jurisdição – em outros termos, *danos transfronteiriços*.[37] Tal obrigação, afirmada no princípio 21 da Declaração de Estocolmo, foi observada como reflexo do direito internacional costumeiro[38] por diversos Estados presentes à conferência que deu origem a tal documento. Igualmente, a Assembléia Geral da ONU, em sua Resolução 2996 (XXVII) de 1972, afirma que o referido princípio 21 dispõe as regras básicas relativas à responsabilidade internacional dos Estados em matéria de meio ambiente.[39] Cabe afirmar que a resolução citada recebeu amplo apoio da comunidade internacional: cento e doze Estados votaram pelo documento, sem que houvesse qualquer voto oponente à sua adoção.[40] Resoluções posteriores da Assembléia Geral da ONU[41] e tratados multilaterais relativos à matéria ambiental[42] vieram a reiterar a *opinio juris* relativa à regra, ao que se acrescenta o fato de a própria Corte Internacional de Justiça tê-la estimado como "parte do *corpus* do direito internacional relativo ao meio ambiente."[43]

Da existência da regra costumeira em análise decorrem obrigações estatais de prevenção, redução e controle da poluição e de danos ambientais.[44] Estas, certamente, guardam uma implicação positiva no que toca à efetivação dos direitos humanos – sobretudo daqueles mais diretamente vinculados às condições ambientais, por exemplo, os direitos à vida, à integridade física e à saúde.[45] Todavia a relação entre o costume internacional relativo à proibição de dano transfronteiriço e o campo de aplicação dos direitos humanos não deve se restringir a esse aspecto: uma vez constatados danos ambientais decorrentes de atividades praticadas em outro Estado, natural seria que os recursos legais disponíveis aos cidadãos do Estado de origem do dano também o fossem aos indivíduos estrangeiros afetados. Dessa forma, ser-lhes-ia possível o acesso a informações concernentes aos riscos de danos transfronteiriços, a participação no processo de tomada de decisões ambientais em outro Estado e o recurso a procedimentos administrativos e judiciais do mesmo, a título de prevenção de danos ambientais ou de reparações.[46] Relevante afirmar que, embora não tenha atingido o caráter de norma costumeira de Direito Internacional, tal regra é objeto das ***Diretrizes de Montreal para a Proteção do Meio Ambiente Marinho por Fontes Terrestres (1985)***,[47] adotadas no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, e foi considerada pela Comissão Brundtland como um "princípio emergente de direito internacional."[48]

(iv) Procedimentos quase judiciais do Comitê de Direitos Humanos da ONU

A construção do direito a um meio ambiente sadio é fruto não apenas de bases doutrinárias, convencionais ou costumeiras, mas também da jurisprudência e de procedimentos quase judiciais. Casos paradigmáticos relacionando os direitos humanos à proteção ambiental foram submetidos ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, órgão de supervisão internacional dos direitos humanos.

O caso *E.H.P v. Canadá*[49] é um exemplo. Nele, um grupo de cidadãos canadenses, da cidade de Port Hope (Ontário, Canadá), alegou que o depósito de lixo radioativo (da refinaria canadense de rádio e urânio, a *Eldorado Nuclear Ltda.*), perto

de suas casas, ameaçava o direito à vida das gerações presentes e futuras.[50] O Comitê declarou a comunicação inadmissível pelo não-esgotamento de recursos internos. Entretanto, a aceitação do *jus standi* da reclamante pelo Comitê, bem como o reconhecimento da pertinência do caso à preocupação com as "gerações futuras", fazem dele um marco no que concerne à relação entre os direitos humanos e o meio ambiente.

A relevância do caso é apontada nas palavras de TRINDADE:

> "significativamente, um órgão de supervisão internacional dos direitos humanos no plano global se deteve – ainda que cautelosamente – em uma reclamação do gênero, que testemunha a inter-relação entre a proteção ambiental e a proteção dos direitos humanos, em especial quando direitos fundamentais, como à vida e à saúde, encontram-se em questão."[51]

O Chief Bernard Ominayak and Lubicon Lake Band v. Canada[52] é um caso que tratou de possíveis violações ao direito à autodeterminação e de dispor livremente de riquezas naturais e recursos dos membros do Lubicon Lake Band, em Alberta, no Canadá. Segundo o representante chefe Bernard Ominayak do Lubicon Lake Band, o Canadá havia expropriado parte da terra dos peticionários para fins comerciais (em benefício dos interesses de empresas privadas), negando-lhes os meios de subsistência e o direito à autodeterminação. O Comitê constatou que o histórico de iniquidades por parte do Estado e os desenvolvimentos recentes *ameaçavam o modo de vida e cultura dos membros da Lubicon Lake Band, sendo que a continuidade dessas práticas constituiria uma violação do artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.*

No caso *Borders Temeharo v. France*[53] os peticionários apontaram a possibilidade de danos causados pela emissão de radiação nuclear nos testes nucleares feitos pela França no Pacífico Sul. Alegou-se ameaça ao direito à vida e ao direito de indivíduos não serem objeto de intervenção arbitrária em suas esferas privadas e familiares. O Comitê declarou, contudo, o caso inadmissível sob o fundamento de que os peticionários não se qualificavam como vítimas da violação. Influenciaram tal decisão a falta de provas e a incerteza científica relativa à matéria.

O caso *Apirana Mahika et al v. New Zealand*[54] refere-se a alegações por parte do povo Maori de violação ao direito à autodeterminação, a um remédio legal, à liberdade de associação, à liberdade de consciência, à não discriminação e aos direitos de minoria. Essas reclamações decorreram de políticas de quotas por parte da Nova Zelândia para regular a pescaria devido ao dramático crescimento da indústria pesqueira no país. Tal medida teve o efeito involuntário de remover muitos pescadores comerciais Maori da indústria. Ressalta-se que os direitos dos Maori são protegidos pelo Tratado de Waitangi, incluindo o direito à autodeterminação e de controlar pescas tribais. O Comitê enfatizou que a legitimidade de tal medida depende de saber se o povo Maori teve a oportunidade de participar do seu processo de decisão. Considerando que a Nova Zelândia concedeu especial atenção ao significado cultural e religioso que tem a pescaria para o povo Maori, as alegações de violação não foram consideradas procedentes.

2.2 Sistema Europeu

A ***Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Européia de Direitos Humanos),***[55] de 1950, não faz qualquer referência – nem mesmo indireta – ao meio ambiente. A ausência de um dispositivo convencional a esse respeito, contudo, não impediu que a Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH) contribuísse em grande monta para a evolução do tema. Segundo SUDRE, a CEDH, através de um mecanismo doutrinariamente alcunhado "*protection par ricochet*", expande o campo de aplicação da Convenção Européia de Direitos Humanos a direitos não expressamente previstos neste documento.[56] Nesse sentido, o tratamento jurisprudencial dado ao artigo 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar)[57] da Convenção Européia tem estabelecido parâmetros relevantes para a inter-relação entre os direitos humanos e o meio ambiente. Segundo a CEDH, o referido artigo encontra aplicação quando a poluição ambiental é diretamente causada pelo Estado, ou quando este não regula adequadamente as atividades de indústrias privadas.[58]

O primeiro parâmetro refere-se ao caso *López Ostra v. Espanha*. Nesse, uma usina de tratamento de resíduos, ao liberar gases e produzir sons em níveis superiores aos aceitáveis, era apontada como a causa de infecções pulmonares, náuseas e reações alérgicas em habitantes das proximidades. Embora a relação entre as atividades da usina e os problemas de saúde mencionados tenha sido contestada pelo Estado e admitida apenas em termos probabilísticos pela então Comissão Européia de Direitos Humanos,[59] a CEDH não se absteve de declarar a violação do artigo 8º. Em suas palavras, "a poluição ambiental severa pode afetar o bem-estar dos indivíduos e privá-los do gozo de seus

domicílios, de forma a prejudicar sua vida familiar e privada, *sem, contudo, expor sua saúde a riscos sérios"*[60] (grifo nosso).

Os fatores decisivos para a análise da CEDH foram, nessa ocasião, o *bem-estar* e a *qualidade de vida* dos indivíduos, e não a afetação grave de sua saúde ou mesmo a sua morte. As menções ao bem-estar já se encontravam presentes em documentos como a Declaração de Estocolmo (1972)[61] e a Resolução 45/94[62] da Assembléia Geral da ONU, ainda que não fossem ali exploradas em seu sentido. Também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no caso *Yanomami v. Brasil*,[63] já se referira ao direito ao bem-estar, embora, naquele caso, mortes e doenças graves houvessem ocorrido em função da degradação ambiental. Assim, a CEDH inovava, ao tomar o elemento do bem-estar de forma tão autônoma – *i.e.* independente da ocorrência de afetações mais sérias à saúde – em um caso ambiental, o que se tornou referência para a própria CEDH em ocasiões futuras.[64]

O segundo ponto a ser destacado em relação ao artigo 8º refere-se a que o seu próprio texto permite a derrogação parcial do direito à vida privada e familiar, em benefício de interesses como segurança nacional, ordem pública e bem-estar econômico do país.[65] Nesse sentido, cabe aos Estados, em face de cada situação específica, adotar medidas que atinjam o equilíbrio entre o referido direito – de caráter individual – e os interesses de ordem coletiva. Por ser a matéria ambiental considerada técnica e socialmente complexa pela Corte,[66] e por estarem as autoridades nacionais "em contato direto e contínuo com [...] as condições e necessidades locais,"[67] a CEDH tem concedido aos Estados ampla "margem de apreciação" sobre quais são as medidas idôneas ao alcance do referido equilíbrio de interesses. Tal postura, contudo, tem emprestado certo grau de instabilidade à jurisprudência do Tribunal, o que se pode observar com clareza na seqüência de casos sobre poluição sonora pertencentes à jurisprudência da CEDH.

No primeiro deles, *Powell e Rayner v. Reino Unido*, a Corte decidiu pela não-violação do artigo 8º em prejuízo dos habitantes das proximidades do aeroporto de Heathrow, em Londres. Apesar do incômodo sofrido pelos peticionários face ao ruído das aeronaves, a CEDH considerou que a margem de apreciação concedida aos Estados não havia sido extrapolada, naquele caso. Ponderou-se, para tanto, a relevância do aeroporto de Heathrow – um dos mais movimentados do mundo – para o comércio internacional, para as comunicações e para o bem-estar econômico do Reino Unido.[68] Em outras palavras, era aquele um "objetivo legítimo" a ser perseguido pelo Estado. Ademais, as medidas tomadas pelas autoridades públicas frente ao problema, como a introdução de um regime de monitoramento de ruídos e de rotas preferenciais que evitassem a proximidade com áreas residenciais, foram estimadas pelo tribunal como apropriadas a padrões internacionais e às inovações da tecnologia aeronáutica.[69]

A orientação da CEDH a respeito do mesmo tema sofreria importante transformação, por sua vez, com o caso *Hatton e outros v. Reino Unido*. Neste, a Corte faz análise distinta daquela empregada no caso anterior, sob o argumento de que, agora, tratava-se de uma petição acerca de ruídos provocados por aeronaves em operação noturna, e sob um novo regime de funcionamento, inexistente à época dos fatos que haviam dado ensejo ao caso *Powell e Rayner.*[70] Em *Hatton e outros*, o Tribunal acolheu a alegação de violação do artigo 8º, partindo do pressuposto de que o equilíbrio entre o direito individual em questão e o bem-estar da coletividade requer estudos e investigações completas sobre os interesses conflitantes. A responsabilidade internacional do Reino Unido, assim, decorria do fato de que o governo não havia avaliado com precisão as vantagens trazidas pela operação de vôos noturnos à economia nacional, e tampouco, de forma completa, os efeitos provocados por tais vôos sobre os habitantes da região vizinha ao aeroporto de Heathrow. Outrossim, as medidas adotadas pelo Estado para mitigar tais efeitos foram, nas palavras da Corte, "modestas"[71] e insuficientes ao alcance do referido equilíbrio.

Por ocasião do caso *Hatton e outros*, a CEDH evoluiu, de forma significativa, o tratamento jurisprudencial da relação entre direitos humanos, meio ambiente e desenvolvimento. Estabelecendo importante precedente, a Corte asseverou que:

> "No campo particularmente sensível da proteção ambiental, a mera referência ao bem-estar econômico do país não é suficiente para sobrepujar os direitos de outrem. [...] Os Estados devem minimizar, até onde for possível, a interferência sobre o exercício desses direitos, buscando encontrar soluções alternativas e alcançar seus objetivos pela forma menos onerosa aos direitos humanos."[72]

Todavia, dois anos após a sentença de *Hatton e outros*, a *Grand Chamber* da CEDH reviu a decisão proferida pela Terceira Seção do mesmo tribunal,[73] introduzindo novas alterações à jurisprudência da Corte. Desta vez, a CEDH expressou orientação contrária à adotada pela Terceira Seção, ao reduzir o grau de relevância anterior-

mente concedido por esta à proteção ambiental. Segundo a *Grand Chamber*,

> "A proteção ambiental deve ser considerada pelos Estados quando de sua atuação dentro dos limites da margem de apreciação, bem como pela Corte, na revisão desses limites. Contudo, não seria apropriado à Corte adotar uma postura diferenciada a esse respeito [proteção ambiental], por meio de um *status* especial a ser concedido aos direitos humanos ambientais."[74]

Em outras palavras, a CEDH passava a admitir que a "margem de apreciação" concedida aos Estados em matéria ambiental deve ser ampla. Destarte, o Tribunal se satisfez com a alegação do Estado de que a manutenção de vôos noturnos apresentava relevância à economia do país – ainda que tal relação não houvesse sido demonstrada em termos específicos,[75] já exigidos pela Terceira Seção da CEDH. Ademais, a Corte concedeu relevo ao sistema de regulamentação de vôos noturnos, imposto pelo Governo com o fim de abrandar os efeitos sonoros das aeronaves, bem como à possibilidade de que os peticionários se mudassem para outras regiões sem sofrerem prejuízos financeiros. Assumiu-se, dessa forma, a não-violação do artigo 8º da Convenção Européia de Direitos Humanos, em um movimento considerado por muitos como anacrônico frente ao estágio de evolução do tema no próprio Sistema Europeu de Direitos Humanos, além do Sistema Universal.

Nesse sentido, são dignas de menção as palavras dos juízes *Costa, Ress, Türmen, Zupancic* e *Steiner*, em voto dissidente à decisão da Corte:

> "Como a Corte tem destacado com freqüência: 'A Convenção é um instrumento vivo, a ser interpretado à luz das condições atuais' (Airey v. Ireland, §26, e Loizidou v. Turkey, § 71). Esta interpretação 'evolutiva', pela Comissão e pela Corte, de vários dispositivos da Convenção tem sido geralmente 'progressiva', no sentido de estender gradualmente [...] o nível de proteção atribuído aos direitos e liberdades garantidos pela Convenção, com o fim de desenvolver a 'ordem pública européia'. [...] O julgamento da Grand Chamber no presente caso […] parece destoar do desenvolvimento jurisprudencial [sobre o tema dos direitos humanos ambientais] e mesmo dar um passo para trás. [A presente decisão] dá precedência a considerações econômicas, em detrimento de condições básicas de saúde, [...] e vai de encontro com a crescente preocupação acerca das questões ambientais em toda a Europa e no mundo."[76]

Por fim, destaca-se, como contribuição da jurisprudência da CEDH ao tema discutido no presente trabalho, a aplicação prática da tríade de "direitos procedimentais" que compõem a relação entre o meio ambiente e os direitos humanos – *i.e.* o direito ao acesso à informação, o direito à participação pública no processo de tomada de decisões e o direito ao acesso à justiça em matéria ambiental.[77] Tais prerrogativas encontram previsão na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), em seu Princípio 10[78]. No âmbito regional europeu, destaca-se a ***Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público na Tomada de Decisões e o Acesso à Justiça no Domínio do Ambiente*** **(Convenção de Aarhus, 1998)**. Cumpre ressaltar que os três "direitos procedimentais" em questão podem ser considerados instrumentos de garantia do próprio direito ao meio ambiente sadio. Com efeito, em seu artigo 1º, a Convenção de Aarhus afirma ser função dos três direitos referidos "contribuir para a proteção do direito de todos os indivíduos, das gerações presentes e futuras, a viver num ambiente propício à sua saúde e bem-estar."[79]

No que concerne o direito ao acesso à informação ambiental, destaca-se o caso *Guerra e outros v. Itália*. Nele, os peticionários apontavam a omissão do Estado em informar-lhes sobre os riscos decorrentes do funcionamento de uma indústria química situada nas proximidades de sua residência, bem como sobre os procedimentos a serem tomados em caso de acidentes relacionados ao funcionamento da fábrica. No caso, o direito à informação ambiental foi classificado como origem de uma obrigação positiva a incidir sobre os Estados no escopo do artigo 8º da Convenção Européia de Direitos Humanos,[80] pois permitiria aos peticionários avaliar os riscos que correriam se continuassem a viver nas proximidades da indústria.

Em relação ao direito ao acesso à justiça em matéria ambiental, merece relevo o caso *Zander v. Suécia*, atinente ao artigo 6º (direito a um processo eqüitativo)[81] da Convenção Européia de Direitos Humanos. Nesse caso, um casal residente à área vizinha a uma estação de tratamento de resíduos requereu do Estado que se impusesse à empresa, como requisito para seu funcionamento legal, a obrigação de fornecer água potável aos peticionários, dada a possibilidade de contaminação dos recursos hídricos da região. O pedido foi negado pelas autoridades nacionais, não sendo passível de revisão por um tribunal. Assim, face

à impossibilidade de se contestar, no âmbito judicial interno, a decisão proferida pelo Estado – o que representa verdadeiro obstáculo ao acesso à justiça em matéria ambiental –, a CEDH declarou a violação do referido artigo 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos.[82]

Em casos ambientais recentes, a CEDH tem adotado uma abordagem conjunta dos três "direitos procedimentais" – ao invés de enfatizar a importância de apenas um deles, como fazia nos casos acima expostos.[83] Tal postura sinaliza o entendimento – ainda que não enunciado em termos claros pelo Tribunal – de que os referidos direitos possuem um denominador comum, qual seja, a proteção do próprio direito a um meio ambiente sadio. Nesse sentido, são proeminentes as palavras da Corte no caso *Taskin e outros v. Turquia*:

> "A importância do *acesso do público à informação* capaz de permitir que o mesmo avalie os riscos a que se encontra exposto é indubitável [...]. Por fim, os indivíduos envolvidos devem ter a *possibilidade de provocar as cortes* contra qualquer decisão, ato ou omissão, quando considerarem que seus *interesses ou comentários* não foram devidamente considerados no *processo de tomada de decisões*."[84] (grifo nosso)

2.3 Sistema Interamericano

Assim como a Convenção Européia de Direitos Humanos (1950), a ***Convenção Americana sobre Direitos Humanos*** (1969) não contém referência à proteção do meio ambiente. Isso não impediu, todavia, que o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH), dez anos após a entrada em vigor da Convenção Americana,[85] desse um passo à frente do Sistema Europeu: o ***Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador, 1988)*** consagra, *em termos expressos*, o direito a um meio ambiente sadio (artigo 11).[86] Embora, por força do artigo 19.6 do referido Protocolo,[87] a violação desse direito não possa ser alegada perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ou perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) – em sua competência contenciosa[88] –, o tema tem suscitado crescente atuação do SIPDH, sobretudo no que concerne às condições de vida e habitação das populações indígenas. Destarte, como se verá adiante, o atual estágio de evolução do SIPDH permite atribuir o direito a um meio ambiente sadio uma *função interpretativa*, de grande valor à análise de direitos constantes da Convenção Americana – judiciáveis,[89] portanto.

No âmbito da CIDH, destacam-se os relatórios sobre o Brasil, de 1997, e sobre o Paraguai, de 2001. Em ambos, a Comissão Interamericana aponta a relação entre a precariedade das condições de vida das populações indígenas daqueles países e a degradação ambiental do território habitado pelas mesmas, decorrente da exploração de seus recursos naturais por empresas ou por indivíduos estranhos às comunidades indígenas. A seguinte passagem, constante do Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil (1997), bem demonstra tal conjuntura:

> "As comunidades (Yanomami) [...] mantêm uma relação com o meio ambiente relativamente estável e auto-suficiente. Ao mesmo tempo, a crescente comunicação entre as vilas indígenas e os usos tradicionais da terra têm permitido a sobrevivência física e cultural dos Yanomami, bem como a proteção da ecologia. Tal estabilidade encontra-se agora sob ameaça, em decorrência de invasões sucessivas de não-indígenas, alguns dos quais – como os prospectores de ouro e outros itens (garimpeiros) – praticam atividades ilícitas que prejudicam a vida, a sobrevivência, a cultura e o meio ambiente dos índios."[90]

Observa-se, ainda, que não apenas o desenvolvimento de atividades ilícitas por particulares é responsável pela degradação ambiental dos territórios indígenas, mas também o são atividades desenvolvidas pelo próprio Estado. No caso do Paraguai, dois projetos hidroelétricos de grande porte – Yacyretá e Itaipu –, desenvolvidos com a participação do Estado, causaram a inundação de extensas áreas florestais, *habitat* natural de diversas comunidades indígenas. O resultado foi a destruição de regiões com alto nível de biodiversidade, bem como a perda, pelos índios afetados, de suas terras ancestrais.[91]

Apesar de os relatórios sobre o Brasil e o Paraguai terem contribuído para o tratamento do tema no SIPDH, não se pode negar que ambos assumiram caráter eminentemente denunciativo. O maior avanço, *em termos jurídicos*, já havia ocorrido por via do relatório sobre o Equador, também de 1997. Nele, a CIDH constrói a relação entre o direito a um meio ambiente sadio e a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como discute suas implicações aos deveres assumidos pelos Estados, na sistemática dessa Convenção.

O ponto de partida para a análise da CIDH é a vinculação entre o direito a um meio ambiente

sadio e os direitos à vida e à integridade pessoal, garantidos, respectivamente pelos artigos 4° e 5° da Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, as obrigações impostas aos Estados por esses dois últimos direitos passam a ser passíveis de aplicação também em casos que envolvam o meio ambiente, como decorre da seguinte passagem:

> "O direito à vida não se limita à proteção contra a sua privação arbitrária. Os Estados Partes [da Convenção Americana de Direitos Humanos] têm, portanto, a obrigação de tomar *medidas positivas* para salvaguardar a vida e a integridade física. A poluição ambiental severa pode trazer ameaças à vida e à saúde humanas, e, em circunstâncias apropriadas, ensejar ao Estado a obrigação de tomar medidas [...] A Comissão encoraja o Estado a assegurar que as ações de *seus agentes*, por via da companhia petrolífera estatal, se conformem às obrigações legais assumidas pelo Equador nos níveis interno e interamericano. Ainda, a Comissão encoraja o Estado a tomar medidas para *prevenir* danos aos indivíduos afetados, por meio da conduta de *agentes privados*. No caso de o direito à vida dos habitantes da região de Oriente ser violado em decorrência da contaminação [ambiental], o Governo tem o dever de *investigar* e *reparar*."[92] (grifo nosso)

As obrigações positivas a que a CIDH se referiu correspondem, na verdade, aos deveres[93] decorrentes do artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, tomados como parâmetro de análise da responsabilidade internacional dos Estados perante o SIPDH.[94] A identidade entre as medidas positivas recomendadas pela CIDH em matéria ambiental e aquelas exigidas pelo artigo 1.1 da Convenção Americana não é mera coincidência. Tratava-se, sim, de reforçar o grau de exigibilidade do direito a um meio ambiente sadio, associando-o a obrigações que, *a priori*, não lhe diziam respeito, mas que passaram a ser-lhe aplicáveis em face de sua ligação com os direitos constantes da Convenção Americana – sobretudo os direitos à vida e à integridade física, como já se disse. Assim, abria-se espaço para que os Estados Partes da Convenção fossem, ainda que de forma indireta, responsabilizados pela não-garantia do direito a um meio ambiente sadio. Essa orientação, por sua vez, viria a ser consagrada em casos recentes da Corte IDH.

Nesse sentido, são representativos os casos *Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai* e *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai*. Ambos referem-se a populações indígenas que, impossibilitadas de ocuparem suas terras ancestrais, e durante o procedimento de reivindicação das mesmas, fixaram-se em territórios desprovidos dos recursos naturais e das condições de cultivo necessárias à sua subsistência, bem como de acesso à água limpa e a serviços de saneamento básico[95]. Como conseqüência, diversos indivíduos apresentavam quadros de desnutrição, anemia e infecções[96]. A Corte IDH, portanto, ao analisar essa conjuntura à luz do direito à vida, dispôs que

> "Uma das obrigações que, certamente, devem os Estados assumir com o objetivo de proteger e garantir o direito à vida é a de gerar as condições de vida mínimas compatíveis com a dignidade da pessoa humana. [...] A Corte deve estabelecer se o Estado [...] adotou as medidas positivas apropriadas para satisfazer essa obrigação, as quais tomem em conta a situação de especial vulnerabilidade a que [os membros da Comunidade Yakye Axa] foram levados, afetando sua forma de vida diferente (sistemas de compreensão do mundo diferentes dos da cultura ocidental, que compreendem a estreita relação que mantêm com a terra) e seu projeto de vida, em sua dimensão individual e coletiva [...], à luz do artigo 4 da Convenção, em relação com o dever geral de garantia contido no artigo 1.1 [...], e dos artigos 10 (Direito à Saúde); 11 *(Direito a um Meio Ambiente Sadio)*; 12 (Direito à Alimentação) [...] do Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais."[97] (grifo nosso)

Interessante notar que a Corte, no caso *Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai*, ao responsabilizar o Estado por não adotar as medidas idôneas à garantia da propriedade comunitária aos indígenas, e por não assegurar-lhes condições de vida mínimas durante o período em que se mantiveram assentados em outros territórios, declarou a violação do direito à vida "em prejuízo dos membros da Comunidade Yakye Axa."[98] Os termos empregados pela Corte, de caráter notadamente geral, compreendiam mesmo os indivíduos que não haviam falecido, mas que sofriam com a precariedade das condições ambientais e sanitárias do território em que se encontravam. Tal postura, qual seja, a de decretar a violação do direito à vida não apenas em casos de execuções extrajudiciais, mas também em situações em que não há *vida digna*, acabou por reforçar a relevância do direito a um meio ambiente sadio no SIPDH e, particularmente, na dinâmica dos direitos judiciáveis perante esse sistema.

2.4 Sistema Africano

Entre os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, o Sistema Africano é o mais desenvolvido no que concerne à previsão normativa do direito fundamental ao meio ambiente: ao contrário do que ocorre nos demais sistemas de proteção aos direitos humanos, o Sistema Africano prevê o direito a um meio ambiente sadio como direito judiciável. Assim, nesse sistema, é possível alegar a violação *per se* do direito em questão. Isso se justifica pelo contexto em que a ***Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (Carta de Banjul)***[99] foi adotada: à época, consolidava-se universalmente a preocupação com a proteção ambiental na seara dos Direitos Humanos.[100]

A Carta de Banjul relaciona expressamente o meio ambiente ao desenvolvimento em seu artigo 24: "Todos os povos têm direito a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento." Ainda, o artigo 16.1 garante a todos os indivíduos o direito de desfrutar o melhor estado de saúde física e mental. SHELTON destaca, inclusive, que os "casos submetidos ao Sistema Africano geralmente invocam o direito à saúde [...] mais do que o direito ao meio ambiente."[101] Essa é uma das razões que reveste de tamanha importância o caso *Ogoni v. Nigéria*,[102] no qual a Comissão Africana de Direitos Humanos declarou justamente a violação do artigo 24 da Carta de Banjul por parte do Estado.

No referido caso, foi alegado que o governo militar da Nigéria estava diretamente envolvido na produção de petróleo, por meio da empresa estatal de petróleo (*Nigerian National Petroleum Company - NNPC*), a acionista majoritária em uma sociedade com a *Shell Petroleum Development Corporation – SPDC*. Essas operações governamentais estavam causando degradação ambiental e problemas de saúde entre o povo Ogoni.[103]

Ainda, alegou-se que as comunidades Ogoni não foram envolvidas nas decisões que afetavam suas próprias terras, tampouco foi exigido das companhias de petróleo promover estudos de saúde básica e impactos ambientais, considerando os riscos causados pelas suas atividades, bem como os advindos dos materiais relacionados à produção petrolífera.[104] As fontes de comida do povo Ogoni foram destruídas e ameaçadas de diversas maneiras pelo governo nigeriano, gerando desnutrição e fome em certas comunidades Ogoni.[105]

A Comissão Africana, ao analisar o mérito do caso, declarou a respeito dos artigos 16 e 24 da Carta de Banjul:

> "Esses direitos reconhecem a importância de um ambiente limpo e seguro que é intimamente relacionado aos direitos econômicos e sociais, na medida em que o meio ambiente afeta a qualidade de vida e a segurança do indivíduo."[106]

Finalmente, a Comissão declarou, *inter alia*, a violação dos artigos 24 e 16 da Carta Africana e requereu que a Nigéria adotasse medidas que garantissem a proteção ao meio ambiente, à saúde e à vida do povo e das terras Ogoni.[107]

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção ao meio ambiente, no atual estágio de evolução do Direito Ambiental Internacional, não deve ser examinada apenas como fim em si mesma, mas também como elemento incontestе de salvaguarda do ser humano. A própria análise acerca da construção e da aplicação – cada vez mais freqüente e expansiva – do direito a um meio ambiente sadio torna clara essa constatação.

As duas orientações devem conviver, mesmo porque, em sua dinâmica, reforçam-se uma à outra. Por um lado, a proteção do meio ambiente, como valor próprio e autônomo, contribui, de forma indubitável, à promoção e efetivação do direito a um meio ambiente sadio. Por sua vez, a aplicação, em nível universal e regional, do consolidado aparato normativo e jurisdicional do Direito Internacional dos Direitos Humanos permite aos indivíduos exigir dos Estados a salvaguarda do meio ambiente, seja por meio do próprio direito a um meio ambiente sadio, ou dos demais direitos humanos a ele conexos. Ainda, negar a possibilidade de aplicação do domínio dos direitos humanos ao meio ambiente equivaleria a tolher o exercício de uma das mais elevadas funções a que se presta o Direito: a proteção da pessoa humana, na dimensão dos elementos que dignificam a sua existência e que proporcionam "a qualidade de vida que faz com que valha a pena viver."[108]

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. Doutrina

ANNONI, Daniela. Direitos Humanos e Meio Ambiente: Contribuições para a Humanização do Direito Internacional Contemporâneo. In: *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*: 393-424. Porto Alegre: Fabris, 2005.

BEURIER, Jean-Pierre; KISS, Alexandre. *Droit international de l'environnement*. Paris: Pedone, 2006.

BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. *International Law and the Environment*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio A.; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados*. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: UnB, 1998.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Coleção para entender: A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. 2. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SHELTON, Dinah. Human Rights, Health and Environmental Protection. In: *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaios em Homanegem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade:* 393-424. Porto Alegre: Fabris, 2005.

SUDRE, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006.

B. Jurisprudência Internacional

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *Zimmermann e Steiner v. Suíça* (Appl. Nº. 8737/79). Strasbourg, Secretaria da Corte Européia de Direitos Humanos, jul. 1973.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *Case of Powell and Rayner v. The United Kingdom* (Appl. Nº. 9310/81), fev. 1990.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *Case of Zander v. Sweden* (Appl. 14282/88), nov. 1993.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *Case of López Ostra v. Spain* (Appl. Nº. 16798/90). Strasbourg, Secretaria da Corte Européia de Direitos Humanos, dez. 1994.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *Case of Buckley v. The United Kingdom*. Strasbourg, Secretaria da Corte Européia de Direitos Humanos, set. 1996.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *Case of Guerra and others v. Italy*. Strasbourg, Secretaria da Corte Européia de Direitos Humanos, fev. 1998.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *Case of Hatton and others v. The United Kingdom (Third Section)* (Appl. Nº. 36022/97). Strasbourg, Secretaria da Corte Européia, out. 2001.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS, *Case of Hatton and others v. The United Kingdom (Grand Chamber)* (Appl. Nº. 36022/97). Strasbourg, Secretaria da Corte Européia, jul. 2003.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Taskin and others v. Turkey* (Appl. Nº. 46117/99). Strasbourg, Secretaria da Corte Européia, mar. 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988, série C, Nº. 4.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Sentença de 17 de junho de 2005, série C, Nº. 125.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso 'Masacre de Mapiripán' v. Colombia*, Sentença de 15 de setembro de 2005. Serie C, Nº. 134.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Sentença de 29 de março de 2006, série C, Nº. 146.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996.

C. Tratados e demais instrumentos de Direito Internacional

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (*Convenção Européia de Direitos Humanos*), adotada em 4 de novembro de 1950.

Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (*Carta de Banjul*), adotada em 26 de junho de 1984.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em 16 de setembro de 1966.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano (*Declaração de Estocolmo*), adotada de 5 a 16 de junho de 1972.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (*London Convention*), adotada em 13 de novembro de 1972.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convention on Long-range Transboundary Air Pollution, adotada em 13 de novembro de 1979.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convention for the Co-operation in the Protection and Development of the Marine and Coastal Environment of the West and Central African Region (*Abidjan Convention*), adotada em 1981.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, adotada em 10 de dezembro de 1982.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, adotada em 22 de março de 1985.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal, adotada em 22 de março de 1989.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção dos Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1989.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (*Declaração do Rio*), adotada de 3 a 14 de junho de 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (*Agenda 21*), adotada de 3 a 14 de junho de 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Vienna Declaration and Programme of Action* (A/CONF.157/23), 25 de junho de 1993.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente (*Convenção de Aahrus*), adotada em 25 de junho de 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Protocolo sobre Água e Saúde, adotado em 17 de junho de 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Protocolo de Kyoto, 11 dez. 1997, em vigor 16 fev. 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de São José da Costa Rica*), adotada em 22 de novembro de 1969.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*Protocolo de San Salvador*), adotado em 17 de novembro de 1988.

D. Miscelânea

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS. *Caso ACHR, CERS and SERAC v. Nigeria* (ACHPR/COMM/A044/1). 27 de maio de 2002.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório de 1984-1985, Caso 7.615, *Yanomami v. Brazil*.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Report on the Situation of Human Rights in Ecuador*, 24 de abril de 1997.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Report on the Situation of Human Rights in Brazil*, 29 de setembro de 1997.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Third Report on the Situation of Human Rights in Paraguay*, 9 de março de 2001.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. *E.H.P. v. Canada*, Communication Nº.67/1980, U.N. Doc. CCPR/OP/1 at 20 (1984).

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. *Chief Bernard Ominayak and Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication Nº.167/1984, U.N. Doc CCPR/C/38/D/167/1984 (1990).

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. *Borders Temeharo v. France*, Communication Nº.645/1995, U.N. Doc CCPR/C/57/D/645/1995 (1996).

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. *Apirana Mahika et al v. New Zealand*, Communication Nº.547/1992, U.N. Doc CCPR/C/70/D/547/1993 (2000).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human Rights (A/CONF.32/41), 13 de maio de 1968.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução da Assembléia Geral 2996 (XXVII) (*International responsibility of States in regard to the environment*), 15 de dezembro de 1972.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução da Assembléia Geral 3281 (XXIX) (*Charter of Economic Rights and Duties of States*), 12 de dezembro de 1974.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução da Assembléia Geral 34/186 (*Co-operation in the field of the environment concerning natural resources shared by two or more states*),18 de dezembro de 1979.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Diretrizes de Montreal para a Proteção do Meio Ambiente Marinho por Fontes Terrestres, 24 de maio de 1985.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Brundtland Commission, *Our Commom Future*, apresentado à Assembléia Geral da ONU mediante o documento A/42/427 em 4 de agosto de 1987.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução da Assembléia Geral 45/94 (*Need to ensure a healthy environment for the well-being of individuals*), 14 de dezembro de 1990.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. doc. E/CN.4/Sub.2/1994/9, "Final Report" da *Rapporteur* Especial da Subcomissão sobre Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias (F.Z. Ksentini), de 6/06/1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Comment Nº. 14: *The right to the highest attainable standard of health.* Committee on Economic, Social, and Cultural Rights. Twenty-second session, 25 April-12 May 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolution 1932 (XXXIII-O/03) on *Access to Public Information: Strengthening Democracy*, adopted on June 10, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolution 2057 (XXXIV-O/04) on *Access to Public Information: Strengthening Democracy*, adopted on June 8, 2004.

NOTAS

* O presente trabalho foi apresentado no Seminário de Desenvolvimento e Meio Ambiente na *ILSA International Conference – Brasil 2008*, realizado em 15 de agosto de 2008, em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil e publicado na Revista dos Estudantes de Direito da UnB, 8ª edição.

1. ANNONI, Daniela. Direitos Humanos e Meio Ambiente: Contribuições para a Humanização do Direito Internacional Contemporâneo. In: *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*: 393-424. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 497.
2. *Cf.* SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. 2. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 292-293.
3. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 113.
4. GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Coleção para entender: A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp.7-8.
5. SHELTON, Dinah. *Human Rights, Health and Environmental Protection*. In: Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade: 393-424. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 396.
6. Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948, *preâmbulo*.
7. ONU, doc. E/CN.4/Sub.2/1994/9, "Final Report" da *Rapporteur* Especial da Subcomissão sobre Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias (F.Z. Ksentini), de 6/06/1994, § 34.
8. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em 16 de setembro de 1966.
9. ONU. General Comment Nº. 14: *The right to the highest attainable standard of health*, §4. Committee on Economic, Social, and Cultural Rights. Twenty-second session, 25 April-12 May 2000. (tradução livre).
10. ONU. *Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human Rights* (A/CONF.32/41), 13 de maio de 1968.
11. ANNONI, *supra* nota 1, p. 504.
12. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: UnB, 1998, p. 48.
13. ONU. Convenção dos Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1989.
14. SHELTON, *supra* nota 5, p. 397.
15. "Final Report" da *Rapporteur* Especial da Subcomissão sobre Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias (F.Z. Ksentini), *supra* nota 7, § 37.
16. CANÇADO TRINDADE, *supra* nota 3, p. 115.
17. "Final Report" da *Rapporteur* Especial da Subcomissão sobre Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias (F.Z. Ksentini), *supra* nota 7, §1 (tradução livre).
18. ONU. *Vienna Declaration and Programme of Action* (A/CONF.157/23), 25 de junho de 1993.
19. Nesse sentido, *cf*: CANÇADO TRINDADE, Antônio A.; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados*. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.
20. ANNONI, *supra* nota 1, p. 506.
21. CANÇADO TRINDADE, *supra* nota 3, p. 117.
22. ANNONI, *supra* nota 1, p. 498.
23. Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano (*Declaração de Estocolmo*), adotada de 5 a 16 de junho de 1972.
24. *Cf*. *Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (London Convention*), adotada em 13 de novembro de 1972; *Convention for the Cooperation in the Protection and Development of the Marine and Coastal Environment of the West and Central African Region (Abidjan Convention)*, adotada em 1981; *Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer*, adotada em 22 de março de 1985.
25. Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano (*Declaração de Estocolmo*), *supra* nota 23, Princípio 1.

26. Brundtland Commission, *Our Commom Future*, apresentado à Assembléia Geral da ONU mediante o documento A/42/427 em 4 de agosto de 1987.

27. Brundtland Commission, *Our Common Future, supra* nota 26, p. 43.

28. CANÇADO TRINDADE, *supra* nota 3, p. 119.

29. ONU. Resolution 1932 (XXXIII-O/03) on *Access to Public Information: Strengthening Democracy*, adopted on June 10, 2003; ONU. Resolution 2057 (XXXIV-O/04) on *Access to Public Information: Strengthening Democracy*, adopted on June 8, 2004.

30. ANNONI, *supra* nota 1, p. 499.

31. Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (*Declaração do Rio*), adotada de 3 a 14 de junho de 1992.

32. ONU. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (*Agenda 21*), adotada de 3 a 14 de junho de 1992.

33. CANÇADO TRINDADE, *supra* nota 3, p. 119.

34. ONU. Protocolo de Kyoto, 11 dez. 1997, em vigor 16 fev. 2005. O Protocolo de Kyoto é um instrumento internacional que visa reduzir as emissões de gases poluentes responsáveis pelo efeito estufa e o aquecimento global, como o dióxido de carbono. Entre 2008 e 2012, os países, em diferentes percentagens, por mecanismos estabelecidos no *Acordo de Marrakesh*, de 2001, devem alcançar uma redução de 5,2% em relação aos níveis de 1990.

35. ANNONI, *supra* nota 1, p. 500.

36. ANNONI, *supra* nota 1, p. 500.

37. *Cf*. BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. *International Law and the Environment*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 104-105; BEURIER, Jean-Pierre; KISS; Alexandre. *Droit international de l'environnement*. Paris: Pedone, 2006. p. 58 e seguintes.

38. BIRNIE e BOYLE, em sua obra "International Law and the Environment", citam as declarações oficiais dos Estados Unidos e do Canadá (UN Doc. A/CONF.48/14) como exemplos de reconhecimento da referida regra como pertencente ao Direito Internacional costumeiro.

39. *Cf.* ONU. Resolução da Assembléia Geral 2996 (XXVII) (*International responsibility of States in regard to the environment*), 15 de dezembro de 1972, preâmbulo.

40. *Cf*. BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. *supra* nota 37, p. 162, nota 217.

41. *Cf*. ONU. Resolução da Assembléia Geral 3281 (XXIX) (*Charter of Economic Rights and Duties of States*), 12 de dezembro de 1974, art. 30; ONU. Resolução da Assembléia Geral 34/186 (*Co-operation in the field of the environment concerning natural resources shared by two or more states*), de 18 de dezembro de 1979, preâmbulo.

42. *Cf*. *Convention on Long-range Transboundary Air Pollution*, adotada em 13 de novembro de 1979; *Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal*, adotada em 22 de março de 1989; Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, adotada em 10 de dezembro de 1982, art. 194.2; *Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer*, adotada em 22 de março de 1985; preâmbulo.

43. Corte Internacional de Justiça. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, jul. 1996, §29.

44. *Cf*. BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. *supra* nota 38, p. 105.

45. *Cf.* seções 2.1 (i) e 2.1 (ii) deste trabalho.

46. *Cf*. BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. *supra* nota 38, p. 269.

47. *Cf*. Diretrizes de Montreal para a Proteção do Meio Ambiente Marinho por Fontes Terrestres, adotadas em 24 de maio de 1985; nº 16.c.

48. *Cf*. BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. *supra* nota 38, p. 270 e p. 292, nota 102.

49. U.N. Human Rights Committee. *E.H.P. v. Canadá*, Communication Nº.67/1980, U.N. Doc. CCPR/OP/1 at 20 (1984).

50. *E.H.P. v. Canada*, *supra* nota 49, § 1.3.

51. CANÇADO TRINDADE, *supra* nota 3, p. 155.

52. U.N. Human Rights Committee. *Chief Bernard Ominayak and Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication Nº.167/1984, U.N. Doc CCPR/C/38/D/167/1984 (1990).

53. U.N. Human Rights Committee. *Borders Temeharo v. France*, Communication Nº.645/1995, U.N. Doc CCPR/C/57/D/645/1995 (1996).

54. U.N. Human Rights Committee. *Apirana Mahika et al v. New Zealand*, Communication Nº.547/1992, U.N. Doc CCPR/C/70/D/547/1993 (2000).

55. *Cf.* Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Européia de Direitos Humanos).

56. *Cf*. SUDRE, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006. p. 551.

57. "Art. 8°: 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros."

58. *Cf.* Corte Européia de Direitos Humanos, *Case of Hatton and others v. The United Kingdom*, jul. 2003 (*Grand Chamber*), §98.

59. *Cf.* Corte Européia de Direitos Humanos, *Case of López Ostra v. Spain*, dez. 1994, §§ 48 e 49.

60. *Case of López Ostra v. Spain*, *supra* nota 59, §51 (tradução livre).

61. Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano (*Declaração de Estocolmo*), *supra* nota 23, cláusulas preambulares 1 e 2 e princípio 1.

62. ONU. Resolução da Assembléia Geral 45/94 (*Need to ensure a healthy environment for the well-being of individuals*), 14 de dezembro de 1990, preâmbulo e artigo 1.

63. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório de 1984-1985, Caso 7.615, *Yanomami v. Brazil*, resolução nº 1.

64. *Cf. Case of Hatton and others v. The United Kingdom*, *supra* nota 58, §96.

65. *Cf. supra* nota 59.

66. *Cf.* Corte Européia de Direitos Humanos, *Case of Powell and Rayner v. The United Kingdom*, fev. 1990, §44.

67. Corte Européia de Direitos Humanos, *Case of Buckley v. The United Kingdom*, set. 1996, §75.

68. *Cf. Case of Powell and Rayner v. The United Kingdom*, *supra* nota 66, §42.

69. *Cf. Case of Powell and Rayner v. The United Kingdom*, *supra* nota 66, §43.

70. *Cf.* Corte Européia de Direitos Humanos, *Case of Hatton and others v. The United Kingdom*, out. 2001 (*Third Section*), §94.

71. *Cf. Case of Hatton and others v. The United Kingdom*, *supra* nota 70, §§ 105 e 106.

72. *Case of Hatton and others v. The United Kingdom*, *supra* nota 70, §97 (tradução livre).

73. A Convenção Européia de Direitos Humanos, em seu artigo 43, permite que se remita à *Grand Chamber* da CEDH uma decisão proferida por outras câmaras da mesma Corte. Se o caso versar sobre uma questão relevante à interpretação e aplicação da Convenção, ou sobre matéria de importância geral, poderá ser julgado pela *Grand Chamber*, cuja decisão é definitiva.

74. *Case of Hatton and others v. The United Kingdom*, *supra* nota 58, §122 (tradução livre).

75. *Cf. Case of Hatton and others v. The United Kingdom*, *supra* nota 58, §126.

76. *Case of Hatton and others v. The United Kingdom*, *supra* nota 58, Opinião Dissidente dos Juízes Costa, Ress, Türmen, Zupancic e Steiner, §§ 2 e 3 (tradução livre).

77. SHELTON denomina tais direitos como *procedural human rights*, e considera a sua importância como instrumentos idôneos ao alcance de um sistema mais efetivo de proteção ao meio ambiente. *Cf.*: SHELTON, *op. cit.*, pp. 395, 400-403.

78. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), Princípio 10: A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

79. *Cf.*, na mesma Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público na Tomada de Decisões e o Acesso à Justiça no Domínio do Ambiente (1998), os artigos 4, 6 e 9. Merece menção, ainda, o Protocolo sobre Água e Saúde (1999), também referente ao âmbito europeu, em seu artigo 5.

80. Corte Européia de Direitos Humanos, *Case of Guerra and others v. Italy*, fev. 1998, §60.

81. "Art. 6º: 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela [...]."

82. Outro caso julgado pela CEDH, referente ao acesso à justiça em matéria ambiental, é *Zimmermann e Steiner v. Suíça* (1973).

83. Nos últimos anos, o tema dos "direitos procedimentais" pertinentes à matéria ambiental tem ganhado força no âmbito europeu, de forma a que a CEDH passasse a dividir a análise do artigo 8º em duas vertentes: a primeira, material, referente ao conteúdo das decisões tomadas pelo Estado, e a segunda – igualmente decisiva para o cumprimento do artigo 8º – formal, relativa ao processo de tomada de decisões. Nesse sentido, *cf.* Corte Européia de Direitos Humanos, *Case of Hatton and others v. The United Kingdom*, *supra* nota 58, §99; Corte Européia de Direitos Humanos, *Case of Taskin and others v. Turkey*, mar. 2005, §115.

84. *Case of Taskin and others v. Turkey*, *supra* nota 83, §119.

85. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), adotada em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor em 18 de julho de 1978.

86. Artigo 11 (Direito ao Meio Ambiente Sadio): 1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

87. O artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador define que, dos direitos ali garantidos, apenas as violações aos artigos 8.a (Direitos Sindicais) e 13 (Direito à Educação) podem ser alegadas por meio do sistema de petições individuais perante a CIDH e a Corte IDH. Contudo, o dispositivo seguinte (artigo 19.7) concede à CIDH a faculdade de elaborar relatórios e recomendações sobre todos os direitos econômicos, sociais e culturais elencados no Protocolo de San Salvador.

88. Convém mencionar que o artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos confere à Corte IDH competência consultiva a respeito da Convenção e de outros tratados de proteção aos direitos humanos nos Estados americanos. Tal disposição torna possível a análise pela Corte IDH, em âmbito consultivo, do artigo 11 do Protocolo de San Salvador e de outros direitos humanos relacionados ao meio ambiente.

89. *Cf*. Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 63.1.

90. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Report on the Situation of Human Rights in Brazil*, 29 de setembro de 1997; Capítulo VI.G (tradução livre).

91. *Cf*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Third Report on the Situation of Human Rights in Paraguay*, 9 de março de 2001; Capítulo IX.4.

92 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Report on the Situation of Human Rights in Ecuador*, 24 de abril de 1997; Capítulo VIII.2 (tradução livre).

93. O artigo 1.1 impõe aos mesmos a obrigação de respeitar, pelos atos de *seus próprios agentes*, os direitos previstos pela Convenção, bem como os deveres de *prevenir, investigar, sancionar e reparar* as violações dos referidos direitos – o que é aplicável, inclusive, em determinados casos nos quais as infrações tenham sido cometidas por *particulares*. Nesse sentido, *cf*. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, jul. 1988, §§162-172.

94. Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso 'Masacre de Mapiripán' v. Colombia*, set.2005, §108.

95. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, jun. 2005, §§ 50.92 – 50.96; Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, mar. 2006, §§ 73.63 e 73.64.

96. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, *supra* nota 95, §50.97.

97. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, *supra* nota 95, §§ 162 e 163 (tradução livre).

98. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, *supra* nota 95, § 176 (tradução livre).

99. Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (*Carta de Banjul*), adotada em 26 de junho de 1984.

100. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *supra* nota 8. *Proclamation of Teheran, supra* nota 10; Convenção dos Direitos da Criança, *supra* nota 13.

101. SHELTON, *op. cit.*, p. 410.

102. Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. *Caso ACHR, CERS and SERAC v. Nigeria* (ACHPR/COMM/A044/1). 27 de maio de 2002.
103. *Caso ACHR, CERS and SERAC v. Nigeria*, *supra* nota 102, §1.
104. *Caso ACHR, CERS and SERAC v. Nigeria, supra* nota 102, §5.
105. *Caso ACHR, CERS and SERAC v. Nigeria, supra* nota 102, §9.
106. *Caso ACHR, CERS and SERAC v. Nigeria, supra* nota 102, §51. (tradução livre).
107. *Caso ACHR, CERS and SERAC v. Nigeria, supra* nota 102, *pontos resolutivos*.
108. CANÇADO TRINDADE, *supra* nota 3, p. 76.

JUS COGEN - THE DETERMINATION AND THE GRADUAL EXPANSION OF ITS MATERIAL CONTENT

Antônio Augusto Cançado Trindade
Ph.D. (Cambridge - Yorke Prize) in International Law; Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Judge Elect of the International Court of Justice (The Hague); Professor of International Law at the University of Brasilia, Brazil; Member of the *Institut de Droit International*, and of the *Curatorium* of the Hague Academy of International Law

I. INTRODUCTORY OBSERVATIONS

In my *General Course on Public International Law*, delivered at The Hague Academy of International in 2005, I characterized the doctrinal and jurisprudential construction of international *jus cogens* as proper of a new *jus gentium*, the International Law for Humankind. I sustained, moreover, that, in my understanding, and by definition, international *jus cogens* goes beyond the law of treaties, extending itself to the law of the international responsibility of the State, and to the whole *corpus juris* of contemporary International Law, and reaching, ultimately, any juridical act. In encompassing the whole International Law, it projects also over domestic law, invalidating any measure or act incompatible with it. *Jus cogens* has direct incidence on the very foundations of a universal International Law, and is a basic pillar of the new *jus gentium*.[1]

On the occasion of this XXXV Course of International Law organized by the OAS Inter-American Juridical Committee here in Rio de Janeiro (August 2008), I purport, at first, to review the origins and content of that concept within the framework of the fundamental values of the international community. I shall then move on to the evolving scope of *jus cogens*. The way will thus be paved for the consideration of the gradual expansion of the material content of *jus cogens* in contemporary international case-law, in particular the one which has most contributed to that expansion, that of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR).

To such gradual expansion I have devoted myself with all conviction, during my 12 years of work as Judge of the IACtHR, added to two further years devoted to interpretations of sentences (1994-2008). During this period, this latter (followed by the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia), has been the contemporary international tribunal which has most contributed for the conceptual evolution of *jus cogens*, in the faithful exercise of its functions of protection of the human person, also in situations of the most complete adversity or vulnerability.

I shall understandably concentrate on this aspect of the subject at issue, on the basis of my own experience, within the IACtHR, of the jurisprudential construction of the gradually expanding material content of *jus cogens*, covering the absolute prohibition of torture and of cruel, inhuman or degrading treatment, followed by the assertion of the fundamental character of principle of equality and non-discrimination, and of the right of access to justice. I shall then stress the significance of the right of access to justice as an imperative of *jus cogens*.

The way will thus be paved for the presentation of my concluding observations on the subject under study. I shall draw attention, in particular, to its characterization as a pillar of the new *jus gentium*, the International Law for Humankind of our days, and the pressing need for States to move resolutely from *jus dispositivum* to *jus cogens*, so as to fulfill the needs and aspirations of the international community as a whole.

II. THE FUNDAMENTAL VALUES OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY

The fact that the concepts both of the *jus cogens*, and of the obligations (and rights) *erga omnes* ensuing therefrom, already integrate the conceptual universe of contemporary International Law, the new *jus gentium* of our days, discloses the reassuring and necessary opening of this latter, in the last decades, to certain superior and fundamental values. This significant evolution of the recognition and assertion of norms of *jus co-*

gens and obligations *erga omnes* of protection is to be fostered, seeking to secure its full practical application, to the benefit of all human beings. In this way the universalist vision of the founding fathers of the *droit des gens* is being duly rescued. New conceptions of the kind[2] impose themselves in our days, and, of their faithful observance, will depend to a large extent the future evolution of contemporary International Law.

This latter does not emanate from the inscrutable "will" of the States, but rather, in my view, from human conscience. General or customary international law emanates not so much from the practice of States (not devoid of ambiguities and contradictions), but rather from the *opinio juris communis* of all the subjects of International Law (States, international organizations, human beings, and humankind as a whole). Above the will stands the conscience. The fact that, despite all the sufferings of past generations, there persist in our days new forms of exploitation of man by man, - illustrated by the increasing disparities among and within nations, amidst chronic and growing poverty, uprootedness, social exclusion and marginalization, - does not mean that "regulation is lacking" or that Law does not exist to remedy or reduce such man-made imbalances. It rather means that Law is being ostensibly and flagrantly violated, from day to day, to the detriment of millions of human beings.

The current process of the necessary *humanization* of International Law stands in reaction to that state of affairs. It bears in mind the universality and unity of the human kind, which inspired, more than four and a half centuries ago, the historical process of formation of the *droit des gens*. In rescuing the universalist vision which marked the origins of the most lucid doctrine of International Law, the aforementioned process of humanization contributes to the construction of the new *jus gentium* of the XXIst century, oriented by the general principles of law. This process is enhanced by its own conceptual achievements, such as, to start with, the acknowledgement and recognition of *jus cogens* and the consequent obligations *erga omnes* of protection, followed by other concepts disclosing likewise a universalist perspective of the law of nations.

III. INTERNATIONAL *JUS COGENS* (PEREMPTORY NORMS OF GENERAL INTERNATIONAL LAW)

1. Emergence and Content of *Jus Cogens*

The emergence and assertion of *jus cogens* in contemporary International Law fulfill the necessity of a minimum of verticalization in the international legal order, erected upon pillars in which the juridical and the ethical are merged. The evolution of the concept of *jus cogens* transcends nowadays the ambit of both the law of treaties and the law of the international responsibility of the States, so as to reach general International Law and the very foundations of the international legal order.[3]

Jus cogens was definitively incorporated into the conceptual universe of contemporary International Law as from the inclusion, among the bases of invalidity and termination of treaties, of the peremptory norms of general International Law, in Articles 53 and 64 of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties.[4] The Convention set forth the concept of *jus cogens*, without thereby adopting the thesis - defended in the past by A. McNair[5] - that a treaty could generate a regime of objective character *erga omnes* in derrogation of the classic principle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt.*[6] The concept seems to have been recognized by the Vienna Convention of 1969 as a whole; if this latter did not adopt the notion of treaties establishing "legal regimes of objective character", on the other hand it set forth the concept of *jus cogens*,[7] i.e., of peremptory norms of general International Law.[8] The provisions on *jus cogens* became the object of analysis of a wide specialized bibliography.[9]

The notion of *jus cogens* seems to have been recognized by the Vienna Convention as a whole, thus transcending the old exclusively bilateralist approach in its application. Even before the Vienna Conference on the Law of Treaties of 1968-1969, in the debates of 1963 and 1966 of the VIth Commission of the U.N. General Assembly, it became clear that the majority of the jusinternationalists of the developing countries and of the countries of Eastern Europe attributed great importance to the concept of *jus cogens*, the same occurring during the Conference, in which there almost was not total opposition to the concept, although the Delegations mainly of the Western countries cautiously insisted on the need of some criteria for the determination

of the rules of International Law which constituted *jus cogens*.[10]

As to the evolving question of the discernible contents of *jus cogens*, it may be recalled that a comment of the U.N. International Law Commission [ILC], in its *travaux préparatoires* on the law of treaties, suggested, as being incompatible with the rules of *jus cogens*, treaties which contemplated the illicit use of force (contrary to the principles of the U.N. Charter), or any other criminal act under International Law (slave trade, piracy, genocide).[11] And already in an Advisory Opinion of 1951, on the *Reservations to the Convention against Genocide*, the ICJ pointed out that the humanitarian principles underlying that Convention were recognizedly "binding on States, even without any conventional obligation."[12]

One and a half decades later, the concept of *jus cogens* was again set forth in the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (1986); in my intervention in the United Nations Conference which adopted it (debates of 12.03.1986 in Vienna), I saw it fit to warn as to the manifest incompatibility with the concept of *jus cogens* of the voluntarist conception of International Law,[13] which appeared incapable to explain even the formation of rules of general international law and the incidence in the process of formation and evolution of contemporary International Law of elements independent of the "free will" of the States[14]. With the assertion of *jus cogens* in the two Vienna Conventions on the Law of Treaties (1969 and 1986), the next step consisted in determining in incidence beyond the law of treaties.

2. The Evolving Scope of *Jus Cogens*

On my part, I have always sustained that it is an ineluctable consequence of the affirmation and the very existence of *peremptory* norms of International Law their not being limited to the conventional norms, to the law of treaties, and their being extended to every and any juridical act.[15] Recent developments point out in the same sense, that is, that the domain of the *jus cogens*, beyond the law of treaties, encompasses likewise general International Law.[16] In my Concurring Opinion in the Advisory Opinion n. 18 (of 17.09.2003) of the Inter-American Court of Human Rights [IACtHR], on *The Juridical Condition and the Rights of Undocumented Migrants*, I sustained my understanding that the *jus cogens* is not a closed juridical category, but rather one in evolution and expansion (pars. 65-73). In sum,

> "(...) the domain of the *jus cogens*, beyond the law of treaties, encompasses likewise general international law. Moreover, the *jus cogens*, in my understanding, is an open category, which expands itself to the extent that the universal juridical conscience (material source of all Law) awakens for the necessity to protect the rights inherent to each human being in every and any situation.
>
> (...) The absolute prohibition of the practices of torture, of forced disappearance of persons, and of summary and extra-legal executions, leads us decidedly into the *terra nova* of the international *jus cogens*. (...)" (pars. 68-69).

And I concluded, in this respect, in the same aforementioned Concurring Opinion, that

> "The concept of *jus cogens* in fact is not limited to the law of treaties, and is likewise proper to the law of the international responsibility of the States. The Articles on the Responsibility of the States, adopted by the International Law Commission of the United Nations in 2001, bear witness of this fact. (...) In my understanding, it is in this central chapter of International Law, that of the international responsibility (perhaps more than in the chapter on the law of treaties), that the *jus cogens* reveals its real, wide and profound dimension, encompassing all juridical acts (including the unilateral ones), and having an incidence (including beyond the domain of State responsibility) on the very *foundations* of an international law truly universal" (par. 70).

Besides this horizontal expansion, *jus cogens* is also expanding in a vertical dimension, of the interaction between the international and national legal orders in the present domain of protection. The effect of *jus cogens*, in this second (vertical) level, has been in the sense of invalidating every and any legislative, administrative or judicial measure that, at the level of the domestic law of the States, attempts to authorize or tolerate torture.[17] *Jus cogens* has further been invoked to secure the absolute prohibition of violation of fundamental rights of the human person.[18]

Jus cogens was thus expressly referred to - in connection with superior values shared by the international community - in the *travaux préparatoires* of the 1985 Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture.[19] The absolute prohibition of forced disappearance of persons was insisted upon in the preparatory work of the 1994 Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons.[20] This reassuring development

has led to the emergence of a true international legal regime against torture, forced disappearances of persons, extra-legal and arbitrary and summary executions, and illegal and arbitrary detentions.[21]

As far as international case-law is concerned, two international tribunals which, in recent years, have considerably contributed to the development of the material content of the international *jus cogens* have been the IACtHR and the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia [ICTFY]. In conformity with the Judgments of the IACtHR in the cases *Cantoral Benavides versus Peru* (18.08.2000), *Maritza Urrutia versus Guatemala* (27.11.2003), *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Peru* (08.07.2004), and *Tibi versus Ecuador* (07.09.2004), the understanding is sustained that torture, inhuman treatment and extra-judicial executions are in breach of the *jus cogens*; furthermore, in accordance with the extensive reasoning of the IACtHR in its historical Advisory Opinion n. 18 on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (17.09.2003), the understanding is advanced that the fundamental principle of equality and non-discrimination has entered into the domain of the *jus cogens.*[22]

And pursuant to the decisions of the ICTFY (Trial Chambers), e.g., in the cases *Furundzija* (10.12.1998), *Jelisic* (14.12.1999), *Kupreskic and Others* (14.01.2000), *Kunarac* (22.02.2001) and *Krstic* (02.08.2001), the understanding is maintained that genocide, torture and attacks against civilians in armed conflicts are in breach of the *jus cogens*[23]; the ICTFY (Trial Chamber II) reiterated its position, as to the prohibition - of conventional and customary law - of torture as being of *jus cogens*, in the *Simic* case (Judgment of 17.10.2002, par. 34). In the *Furundzija* case, the ICTFY (Trial Chamber) sustained that the absolute prohibition of torture, under conventional and customary International Law, - having the character of a *jus cogens*, and generating obligations *erga omnes,*[24] - was so absolute that it had incidence not only on actual, but also potential, violations.[25]

This jurisprudential assertion of prohibitions of *jus cogens* has taken place in pursuance of the superior and fundamental values to be protected, shared by the international community as a whole, from which no derogation or diversion is allowed. The significant jurisprudential contributions, in recent years, particularly of the IACtHR and the ICTFY on the matter at issue, are oriented in the correct direction, but there still remains of course a long way to go in the gradual determination of the material content of the *jus cogens*.

The concept of *jus cogens* is in fact not limited to the law of treaties, and is likewise proper to the law of the international responsibility of the States. The Articles on the Responsibility of the States, adopted by the ILC of the United Nations in 2001, bear witness of this fact. Among the passages of such Articles and their comments which refer expressly to *jus cogens*, there is one in which it is affirmed that "various tribunals, national and international, have affirmed the idea of peremptory norms in contexts not limited to the validity of treaties."[26]

To the international *objective* responsibility of the States corresponds necessarily the notion of *objective illegality*[27] (one of the elements underlying the concept of *jus cogens*). In our days, no one would dare to deny the objective illegality of acts of genocide, of systematic practices of torture, of summary and extra-legal executions, and of forced disappearance of persons, - practices which represent crimes against humanity, - condemned by the universal juridical conscience,[28] parallel to the application of treaties.

In its Judgment of 11 July 1996, in the case concerning the *Application of the Convention against Genocide* (Bosnia-Herzegovina *versus* Yugoslavia), the ICJ affirmed that the rights and obligations set forth in that Convention were "rights and duties *erga omnes.*"[29] And, already in its Advisory Opinion of 1951 on the *Reservations to the Convention against Genocide*, the ICJ pointed out that the humanitarian principles underlying that Convention were recognizedly "binding on States, even without any conventional obligation."[30]

Just as, in the ambit of the International Law of Refugees, the basic principle of *non-refoulement* was recognized as being of *jus cogens*[31], in the domain of the International Law of Human Rights the character of *jus cogens* of the fundamental principle of equality and non-discrimination was likewise recognized. The objective illegality is not limited to the aforementioned acts and practices. As *jus cogens* is not a closed category (*supra*), I understand that no one either would dare to deny that, e.g., slave work, and the persistent denial of the most elementary guarantees of the due process, of law would likewise affront the universal juridical conscience, and effectively collide with the peremptory norms of the *jus cogens*. All this doctrinal evolution points to the direction of the crystallization of the obligations *erga omnes* of protection; without the consolidation of such obligations one will advance very little in the struggle against the violations of human rights.

Manifestations of international *jus cogens* mark presence in the very manner whereby human rights treaties have been interpreted and applied: the restrictions, foreseen in them, to the human rights they set forth, are restrictively interpreted, safeguarding the rule of law, and demonstrating that human rights do not belong to the domain of *jus dispositivum*, and cannot be considered as simply "negotiable"[32]; on the contrary, they permeate the international legal order itself. In sum and conclusion on the point under examination, the emergence and assertion of *jus cogens* evoke the notions of international public order and of a hierarchy of legal norms, as well as the prevalence of the *jus necessarium* over the *jus voluntarium*; *jus cogens* presents itself as the juridical expression of the very international community as a whole, which, at last, takes conscience of itself, and of the fundamental principles and values which guide it.[33]

V. THE GRADUAL EXPANSION OF THE MATERIAL CONTENT OF *JUS COGENS*

I shall now move on to the gradual expansion, in recent years, of the material content of *jus cogens*, as acknowledged by contemporary international case-law on the matter, in particular that of the IACtHR. Such expansion has covered, as we shall see next, the absolute prohibition of torture and of cruel, inhuman or degrading treatment; the basic principle of equality and non-discrimination; and the fundamental character of the right of access to justice. Attention will be drawn onto the importance of the right of access to justice as an imperative of *jus cogens*.

1. The Absolute Prohibition of Torture and of Cruel, Inhuman or Degrading Treatment

The first stage of the remarkable jurisprudential evolution of the IACtHR on the matter consisted of the assertion of the absolute prohibition, of *jus cogens*, of torture, in every and any circumstance, followed by the same prohibition of cruel, inhuman or degrading treatment. Thus, in its Judgment of 18.08.2000, in the case of *Cantoral Benavides versus Peru*, the IACtHR significantly sustained that

> "(...) Certain acts which were qualified in the past as inhuman or degrading treatment, not as torture, could be qualified in the future in a different way, that is, as torture, since to the growing demands of protection of human rights and fundamental freedoms ought to correspond a greater firmness to face the infringements to the basic values of democratic societies (...)" (par. 99).

In the same sense, in the Judgment of 08.07.2004, in the case of the *Brothers Gómez Paquiyauri versus Peru*, the IACtHR pointed out that

> "torture is strictly prohibited by the International Law of Human Rights. The prohibition of torture is absolute and non- derrogable, even in the most difficult circumstances, such as war, threat of war, `fight against terrorism' and any other delicts, state of siege or of emergency, commotion or internal conflict, suspension of constitutional guarantees, internal political instability or other emergencies or public calamities."

And the IACtHR clearly found that "it has been conformed an international juridical regime of absolute prohibition of all forms of torture, both physical and psychological, a regime which belongs today to the domain of the international *jus cogens*" (pars. 111-112).

Years before these significant *obiter dicta* of the IACtHR, I had warned, within the Court, as to the need of the jurisprudential development of the prohibitions of *jus cogens*, in my Separate Opinions in the case of *Blake versus Guatemala* (preliminary objections, Judgment of 02.07.1996;[34] merits, Judgment of 24.01.1998;[35] and reparations, Judgment of 22.01.1999[36]). In the same line of thinking, subsequently to the case of *Cantoral Benavides*, I reiterated my position on the matter in my Concurring Opinion in the Judgment (of 14.03.2001) in the case of *Barrios Altos versus Peru*,[37] as well as in my Separate Opinion in the Judgment (of 01.09.2001) in the case of *Hilaire versus Trinidad and Tobago*;[38] in my Concurring Opinion in the Judgment (of 27.11.2003) in the case of *Maritza Urrutia versus Guatemala*;[39] in my Separate Opinion in the Judgmenta (of 08.07.2004) in the case of the *Brothers Gómez Paquiyauri versus Peru* (of 08.07.2004);[40] and in my Dissenting Opinion in the cases of the *Sisters Serrano Cruz versus El Salvador* (Judgment on preliminary objections of 23.11.2004).[41]

And in its Judgment of 07.09.2004, in the case of *Tibi versus Ecuador*, the IACtHR again asserted that

> "There exists an international juridical regime of absolute prohibition of all forms of torture, both physical and psychological, a regime which belongs today to the domain of *jus cogens*. The prohibition of torture is complete

and non- derogable, even in the most difficult circumstances (...)" (par. 143).[42]

The IACtHR reiterated this *obiter dictum* in its Judgment of 06.04.2006 in the case of *Baldeón García versus Peru* (par. 121). One year earlier, the Judgment of the IACtHR (of 11.03.2005) in the case of *Caesar versus Trinidad and Tobago*, in the same line of reasoning of its jurisprudential construction of the *jus cogens*, rightly took another step forward, in sustaining the absolute prohibition, proper of the domain of *jus cogens*, of torture *as well as other cruel, inhuman and degrading treatment*. The absolute prohibition of torture, as well as of such treatment, in all and any circumstances, as a prohibition of *jus cogens*, forms today *jurisprudence constante* of the IACtHR.

2. The Basic Principle of Equality and Non-Discrimination

But the IACtHR did not limit itself to such prohibition. It went further, in expanding the material content of *jus cogens* in its historical Advisory Opinion n. 18 (of 17.09.2003), on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, so as to encompass the basic principle of equality and non-discrimination (pars. 97-101 and 110-111). The IACtHR sustained that States have the duty to respect and to secure respect for human rights in the light of the general and basic principle of equality and non-discrimination, and that any discriminatory treatment in relation to the protection and exercise of such rights (including labour rights) generates the international responsability of the States. In the understanding of the Court, the fundamental principle referred to entered into the domain of *jus cogens*, States not being allowed to discriminate, or tolerate discriminatory situations, to the detriment of migrants, and being under the duty to guarantee the due process of law to any person, irrespective of her migratory status. States cannot subordinate or condition the observance of the principle of equality before the law and of non-discrimination to the objectives of their migratory policies, among others.

On this new and highly significant jurisprudential advance I presented an extensive Concurring Opinion (pars. 1-89), in which I supported the position of the Court, acknowledging that such basic principle permeates the whole juridical order, and drawing attention to its importance, and that of all general principles of law, wherefrom the norms and rules emanate, and without which, ultimately, there is no "juridical order" (pars. 44-46 and 65). In sum, such principles conform, in my understanding, the *substratum* of the legal order itself (pars. 52-58). The points which I dwelt upon, - also for the evolution of *jus cogens* and obligations *erga omnes* of protection, - I did so in the ambit of the conception of the *civitas maxima gentium* and of the universality of the human kind. In a passage of my aforementioned Concurring Opinion, I saw it fit to ponder that

> "Every legal system has fundamental principles, which inspire, inform and conform their norms. It is the principles (derived ethmologically from the Latin *principium*) that, evoking the first causes, sources or origins of the norms and rules, confer cohesion, coherence and legitimacy upon the legal norms and the legal system as a whole. It is the general principles of law (*prima principia*) which confer to the legal order (both national and international) its ineluctable axiological dimension; it is they that reveal the values which inspire the whole legal order and which, ultimately, provide its foundations themselves. This is how I conceive the presence and the position of the principles in any legal order, and their role in the conceptual universe of Law. (...)

From the *prima principia* the norms and rules emanate, which in them find their meaning. The principles are thus present in the origins of Law itself. The principles show us the legitimate ends to seek: the common good (of all human beings, and not of an abstract collectivity), the realization of justice (at both national and international levels), the necessary primacy of law over force, the preservation of peace. Contrary to those who attempt - in my view in vain - to minimize them, I understand that, if there are no principles, nor is there truly a legal system. Without the principles, the `legal order' simply is not accomplished, and ceases to exist as such. (...)

Just as, in the ambit of the International Law of Refugees, the basic principle of *non-refoulement* was recognized as being of *jus cogens*, in the domain of the International Law of Human Rights the character of *jus cogens* of the fundamental principle of equality and non- discrimination was likewise recognized (...). The objective illegality is not limited to the aforementioned acts and practices. As *jus cogens* is not a closed category (...), I understand that no one either would dare to deny that slave work, and the persistent denial of the most elementary guarantees of the due process of law, would likewise affront the universal juridical conscience, and effectively collide with the peremptory norms of *jus cogens*. This is particularly significant for the safeguard of the rights of undocumented mi-

grant workers. All this doctrinal evolution points to the direction of the crystallization of the obligations *erga omnes* of protection (...). Without the consolidation of such obligations one will advance very little in the struggle against the violations of human rights" (pars. 44, 46 and 72).

Advisory Opinion n. 18 of the IACtHR has had a considerable impact on the American continent, and its influence is bound to extend itself to other latitudes, for its content and given the topicality and the relevance of the matter. Both the Advisory Opinion n. 18 (*supra*), and the Advisory Opinion n. 16 on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (of 01.10.1999)[43], call for and advance the same dynamic or evolutive interpretation of the International Law of Human Rights. In the Advisory Opinion n. 16, pioneering and a source of inspiration of the international case-law *in statu nascendi* on the matter, the IACtHR interpreted the protecting norms of the American Convention on Human Rights in such a way as to extend them into new situations, such as that pertaining to the observance of the right to information on consular assistance.

The same outlook was adopted by the Court in its subsequent and forward-looking Advisory Opinion n. 18, on the rights of undocumented migrants, erected on the evolving concepts of *jus cogens* and of obligations *erga omnes* of protection. The historical trascendence of both Advisory Opinions of the IACtHR has been acknowledged in the juridical circles of the whole continent, and elsewhere. They effectively pave the way for the construction of a new *jus gentium* in this first decate of the XXIst century: an International Law which is no longer State-centric, but appears rather attentive to the fulfilment of the needs and aspirations of humankind as a whole.

3. The Fundamental Character of the Right of Access to Justice

Since the IACtHR endorsed the understanding that also the fundamental principle of equality and non-discrimination has entered into the domain of *jus cogens* (*supra*), in successive contentious cases I have insisted on the need to enlarge further the material content of *jus cogens*, so as to encompass likewise the right of access to justice,[44] and thus fulfil the pressing needs of protection of the human person. I have done so, *inter alia*, in my Separate Opinion (devoted to the right of access to justice *lato sensu*) in the Judgment of the Court (of 31.01.2006) in the case of the *Masacre of Pueblo Bello versus Colombia*, drawing attention to the fundamental importance precisely of the right of access to justice, and pondering that

> "The interrelatedness which I sustain between Articles 25 and 8 of the American Convention (...) leads to characterize as belonging to the domain of *jus cogens* the access to justice understood as the *full realization* of this latter, that is, as belonging to the domain of *jus cogens* the intangibility of all judicial guarantees in the sense of Articles 25 and 8 taken *jointly*. There can be no doubt that fundamental guarantees, common to the International Law of Human Rights and to International Humanitarian Law[45], have a universal vocation in being applicable in all and any circumstances, conforming an imperative law (belonging to *jus cogens*), and bringing about obligations *erga omnes* of protection" (par. 64).

Shortly afterwards, in my Separate Opinion in the case of *López Álvarez versus Honduras* (2006), I saw it fit to insist on my understanding in the sense that the *right to the Law* (the access to justice *lato sensu*) is an imperative of *jus cogens* (pars. 52-55). Likewise, in my Separate Opinion in the Judgment of the IACtHR in the case *Baldeón García versus Peru* (merits and reparations, of 06.04.2006), in recalling the precedents of the jurisprudential construction of the prohibitions of *jus cogens* (cf. *supra*), I disagreed with the reasoning of the majority of the Court which considered that the State obligations of prevention, investigation and sanction of those responsible (for human rights violations) would be simple obligations "of means, not of results." Distintly from the majority of the Court, I pondered in that Separate Opinion that

> "In my understanding, the *access to justice* also integrates the domain of the internacional *jus cogens*. (...)
>
> (...) We are before an imperative law, and, accordingly, the State obligations of prevention, investigation and sanction of those responsible, the are not simple obligations "of means, not of results", as the Court affirms in paragraph 93 of the present Judgment. I allow myself to disagree with this reasoning of the majority of the Court.

As I pointed out in my Separate Opinion (par. 23) in the recent Judgment of the Court, adopted on 29.03.2006 in the city of Brasilia, in the case of the *Indigenous Community Sawhoyamaxa versus Paraguay*:

> `(...) The obligations of the State are of diligence and result, not only of conduct (as the adoption of insufficient and unsatisfactory legislative measures). In effect, the examination of the distinction between obligations of conduct and of result[46] has tended to take place at a purely theoretical level, assuming variations in the conduct of the State, and also a succession of acts on the part of this latter,[47] - and without taking sufficiently and duly into account a situation in which an irreparable harm to the human person suddenly occurs (e.g., the deprivation of the right to life by the lack of due diligence of the State)'.

We are here before, definitively, *obligations of result and not of behaviour*, as, otherwise, we would not be before an imperative law, and this would moreover lead to to impunity" (pars. 5-7 and 9-12).

More recently, I have insisted on this same point in my extensive Dissenting Opinion (pars. 1-60) in the case of the *Dismissed Workers of the Congress versus Peru* (Interpretation of Judgment, of 30.11.2007). But it was in the case of *Goiburú and Others versus Paraguay* (Judgment of 22.09.2006), pertaining to the sinister "Operation Condor" of the so-called "intelligence services" of the countries of the Southern Cone of South America (in the epoch of the dictatorships of three decades ago), that the IACtHR at last endorsed the thesis which I had been sustaining therein already for more than two years,[48] in effectively enlarging even further the material content of *jus cogens*, so as to comprise the right of access to justice at national and international levels.[49]

In its aforementioned Judgment of 22.09.2006 in the case of *Goiburú and Others*, the Court, in establishing violations of *jus cogens* in the *cas d'espèce*, asserted that

> "(...) The access to justice constitutes an imperative norm of International Law, and, as such, it generates obligations *erga omnes* for the States to adopt the measures which are necessary not to leave in impunity those violations (...)" (par. 131).

Shortly afterwards, in its Judgment of 29.11.2006 in the case of *La Cantuta versus Peru*, the Court made again this same assertion (par. 160). The gradual expansion of the material content of *jus cogens*, encompassing lately the right of access to justice, has occurred *pari passu* with the recent judicial condemnation of grave violations of human rights and of massacres, which conform, in my understanding, true crimes of State.[50]

In my Separate Opinions in the case of *Goiburú and Others*,[51] 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 this expansion of the material content of *jus cogens*.

On such expansion, I sustained, in my Separate Opinion in the case of *La Cantuta versus Peru* (Judgment of 29.11.2006), that

> "In cases like the present one, in which the apparatus of the State power was unduly utilized to commit crimes of State (in a shocking distortion of the ends of the State), constituting inadmissible violations of *jus cogens*, and then to cover-up such crimes and maintain its agents, perpetrators of them, in impunity, and the relatives of the victims (also victimized) in the most complete desolation and desperation, - in cases such as those of *La Cantuta* and of *Barrios Altos*, in which the crimes against human rights were perpetrated in the framework of a proven criminal practice of the State, - the patient reconstitution and determination of the facts by this Court constitute, themselves, one of the forms of providing satisfaction - as a form of reparation - due to the surviving relatives of the victims (who are also victims), and of honouring the memory of the fatal victims.

Jus cogens resists crimes of State, and imposes sanctions on them, as a result of the prompt engagement of the *aggravated* international responsibility of the State. As a consequence of such crimes, the reparations due assume the form of distinct obligations of doing, including the investigation, trial and sanction of those responsible for the crimes of State that they perpetrated (by action or omission). Law does not cease to exist by the violation of its norms, as the "realists" degraded by their ineluctable and pathetic idolatry of the established power pretend to insinuate. Quite on the contrary, imperative law (*jus cogens*) promptly reacts to such violations, and imposes sanctions.

During years I have insisted, within this Court, on the necessity of the recognition and the identification of *jus cogens*, and have elaborated, in numerous Individual Opinions (in the exercise of the functions, both contentious and advisory, of the Tribunal), the doctrinal construction of the expansion of the material content of *jus cogens* and of the corresponding obligations *erga omnes* of protection, in their dimensions both horizontal

(*vis-à-vis* the international community as a whole) as well as vertical (encompassing the relations of the individual with the public power as well as with non-State entities and other individuals). In this way, the very notion of "victim" under the American Convention has evolved and expanded; there has been an enlargement of both the parameters of the protection due to those justiciable, as well as the circle of protected persons" (pars. 58-60).

The gradual expansion of the material content of *jus cogens* has occurred *pari passu* with the recent judicial condemnation of grave violations of human rights and of massacres, which conform, in my understanding, true crimes of States.[52] In my Separate Opinion in the case of *Almonacid and Others versus Chile*[53] I sought to demonstrate the lack of juridical validity of the so-called self-amnesties,[54] incompatible with the American Convention on Human Rights, in generating the obstruction and denial of justice, and the consequent impunity of those responsible for the atrocities. I insisted on the necessity of the enlargement of the material content of the prohibitions of *jus cogens* (so as to secure the access to justice at both national and international levels), and I situated, at last, the conceptualization of the crimes against humanity at the confluence between the International Law of Human Rights and International Criminal Law.

The meaning of this new expansion of the material content of *jus cogens*, by the IACtHR in its Judgment of 22.09.2006, in the case of *Goiburú and Others*, so as to comprise the right of access to justice, and the importance and the implications of this remarkable jurisprudential advance, are emphasized in my Separate Opinion (parrs. 62-68) in that case, in which, moreover, I dwelt upon the criminalization of the grave violations of human rights; the crime of State in the context of State terrorism (the aforementioned "Operation Condor", and the cover-up by the State of the perpetrated atrocities); the international responsibility of the State agravated by the crime of State;[55] and new elements of the necessary complementarity between the International Law of Human Rights and contemporary International Criminal Law.

4. The Importance of the Right of Access to Justice as an Imperative of *Jus Cogens*

In the public hearings before the IACtHR, - above all in the hearings pertaining to reparations, - a point which has particularly attracted my attention has been the observation, increasingly more frequent, on the part of the victims or their relatives or legal representantives, to the effect that, had it not been for their 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 human rights treaties have become *effective*. The right of individual petition shelters, indeed, the last hope of those who had not found justice at national level.

The historical Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR, on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of Due Process of Law* (of 01.10.1999), in recognizing the crystalization of a true subjective right to information on consular assistance (of which is *titulaire* every human being deprived of his freedom in another country) discarded the traditional purely inter-State view of the matter, bringing relief to numerous poor foreigners and migrant workers. This new outlook was reiteratedly expressed by the IACtHR in its equally pioneering Advisory Opinion n. 18 (of 17.09.2003), on *The Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, of transcendental importance in the world of today, which expanded the material content of *jus cogens* in sustaining that this latter encompasses the fundamental principle of equality and non-discrimination.

The relevance of the *locus standi in judicio* in the procedure before the Court, with the full participation of the individuals, has been essential, as the last hope of the forgotten of the world, - as eloquently demonstrated, e.g., by the contentious case of the murders of the *"Street Children"* (case *Villagrán Morales and Others*). In this paradigmatic case, the mothers of the murdered youngsters (and the grandmother of one of them), as poor and abandoned as their sons (and grandson), had access to the international jurisdiction, appeared before the Court[56], and, due to the judgments of the Inter-American Court[57], which granted them relief, could at least recover faith in human Justice.[58]

Their direct access to the international jurisdiction enabled them to vindicate their rights against the manifestations of arbitrary power, and conferred an ethical content upon the norms of both domestic and international law. In my Separate Opinion (par. 22) in the Judgment on reparations (of 26.05.2001) in the case of the *"Street Children"*, I saw it fit to warn that the suffering of the most humble and vulnerable persons is projected into the social community or *milieu* as a whole, and their close relatives are forced - if there is no justice - to live amidst the silence, indiffe-

rence and oblivion of the others, - their suffering permeating the whole community (par. 22).

Four years later, the case of the *Institute of Rehabilitation of Minors versus Paraguay* came again to demonstrate, as I pointed out in my Separate Opinion (pars. 3-4), that the human being, even in the most adverse conditions, emerges as subject of the International Law of Human Rights, endowed will full international juridico-procedural capacity. The Court's Judgment in this latter case duly recognized the high relevance of the historical reforms introduced by the Court in its present Regulations,[59] in force as from 2001, in favour of the *titularity*, of the individuals, of the protected rights, granting them *locus standi in judicio* in *all* the stages of the contentious procedure before the Court.[60]

The aforementioned cases of the *"Street Children"* and of the *Institute of Rehabilitation of Minors* are eloquent testimonies of this titularity, affirmed and exercised before the IACtHR, even in situations of the most extreme adversity[61]. To these, numerous others victims can be added, - e.g., those in infra-human conditions of detention, in forced displacement from their homes, in condition of undocumented migrants, in situation of complete defencelessness and also victims of massacres and their relatives,[62] - who, despite so much adversity, have nevertheless had access to international justice. Recently, once again, the abandoned and forgotten of the world again reached an internacional human rights tribunal in search of justice, in the cases of the members of the *Communities Yakye Axa* (Judgment of 17.06.2005) and *Sawhoyamaxa* (Judgment of 28.03.2006), concerning Paraguay. In those two recent cases, those forcefully displaced from their homes and ancestral lands, and socially marginalized and excluded, effectively reached an international jurisdiction, before which they at last found justice.

As the more lucid international legal doctrine points out, international *jus cogens* enlarges the ambit of operation of a true international *ordre public*, fulfils the higher interests of the international community as a whole, and stresses the necessity of *judicial control* of the observance of the peremptory norms of International Law.[63] In this line of thinking, I saw it fit to ponder, in my Separate Opinion (par. 154) in the recent case of the *Prison of Castro Castro versus Peru* decided by the IACtHR (Interpretation of Judgment, of 02.08.2008), that

> "It is not surprising that if has been precisely in the domain of the protection of the fundamental rights of the human person that the material content of *jus cogens* is being defined[64]. No one would question today, e.g., that the prohibitions of *grave* violations of International Humanitarian Law are effectively prohibitions of international *jus cogens*,[65] which project themselves also into the domestic legal order of the States.[66] The international and domestic legal orders appear here in interaction, in the struggle against violations of *jus cogens*."

As I added in that same Separate Opinion, we are before "a humanized (or even a truly humanist) *ordre public* in which the public or general interest fully coincides with the prevalence of human rights, - what implies the recognition that *human rights constitute the basic foundation, themselves, of the legal order*,[67] at international and national levels. Underlying the concept of *jus cogens* is the jusnaturalist thinking, which leads to peremptory norms as from the assertion and acknowledgment of ethical values which seek to benefit humankind as a whole[68]" (par. 155).

This is thus the present state of the matter in the jurisprudential construction, on the part of the IACtHR during the period I have served it as Judge, of the material content of *jus cogens*. From the acknowledgment of the absolute prohibition of prohibition of torture and of cruel, inhuman or degrading treatment, the IACtHR moved on to the recognition of the fundamental character of principle of equality and non-discrimination, belonging to the domain of *jus cogens*. And lately, the IACtHR further stressed the significance of the right of access to justice *lato sensu*, - properly understood as the right to realization of *material justice*, - as an imperative of *jus cogens*.

The fact that the right of access to justice (judicial protection and judicial guarantees) is not formally ranked by certain human rights treaties among non-derogable rights cannot, in my view, be invoked against the jurisprudential construction situating it as belonging to the domain of *jus cogens*. Firstly, any restrictions to the exercise of the protected rights are to be restrictively interpreted, in the light of the object and purpose of the human rights treaties at issue; secondly, States are here bound by obligations of *result*,[69] and cannot at all invoke derogations to evade the obligation to secure the right of access to justice; and thirdly, States can only avail themselves of permissible and temporary derogations to the extent that they are not incompatible with their other obligations under International Law and do not involve any form of discrimination.[70]

Here, the imperative character of the right of access to justice renders such incompatibility evident.[71] It would indeed be inconceivable to deny to any person the right of access to justice. We can here visualize a true *right to the Law*, that is, the right to a legal order which effectively safeguards the rights inherent to the human person. This is an imperative of *jus cogens*. In effect, without the right of access to justice, there is in reality no true legal system. Without the *right to the Law*, there is no rule of law, there is ultimately no Law at all.

VI. CONCLUDING OBSERVATIONS

The evolution of the aforementioned jurisprudential construction ought to be appreciated in a wider dimension. In reaction to the successive atrocities which, along the XXth century, victimized millions and millions of human beings, in a scale until then unknown in the history of humankind, the *universal juridical conscience*[72] manifested itself with vigour, - as the ultimate *material source* of all Law, - restituting to the human being his condition of subjet of both domestic and international law, and final addressee of all juridical norms, of national as well as international origin. We are before a humanized (or even truly humanist) international *ordre public* in which the public interest or the general interest coincides fully with the prevalence of human rights,[73] - implying the recognition that *human rights constitute the basic foundation, themselves, of the legal order*.

In the domain of the International Law of Human Rights, moved by considerations of international *ordre public*, we are before common and superior values, underlying it, and which appear as truly fundamental and irreducible. We can here visualize a true *right to the Law*, that is, the right to a legal order which effectively safeguards the rights inherent to the human person. This evolution, with the recognition of the direct access of individuals to international justice, discloses, at this beginning of the XXIst century, the advent of the new primacy of the *raison d'humanité* over the old *raison d'État*, to inspire the historical process of *humanization* of International Law.[74]

Jus cogens, nowadays established well beyond the law of treaties, is a conceptual construction which occupies a central position in the new *jus gentium*, the International Law for humankind. It has met with judicial recognition of contemporary international tribunals, and in greater depth in the case-law of the IACtHR and of the ICTFY (cf. *supra*). *Jus cogens* appears indeed as a pillar of the new *jus gentium*, the International Law for humankind. *Jus cogens*, identified with general principles of law of material order, serves the superior interests of the international community as a whole;[75] such interests, in turn, find expression in the peremptory norms of International Law (*jus cogens*), emanating from the universal juridical conscience in each historical moment, and paving the way for the construction of a new *jus gentium*, the International Law for humankind. *Jus cogens* exists indeed for the benefit of human beings, and ultimately of humankind.

Along the years, this has been acknowledged in different parts of the world and distinct cultural *milieux*, pointing to the construction of a universalist International Law, the new *jus gentium* of our times.[76] It can hardly be denied that general principles of law, proper to any legal system, at either national or international level,[77] do enjoy universal acceptance or recognition. Such principles guide all legal norms, including those endowed with a peremptory character; it is thus not surprising that one trend of juridical thinking has identified them with the domain of *jus cogens*,[78] standing above the will of States and of other subjects of International Law. Emanating, in my view, from human conscience, they rescue International Law from the pitfalls of State voluntarism and unilateralism, incompatible with the foundations of a true international legal order.

Those principles reflect the idea of an objective justice, are consubstantial with the national or international legal system itself, embodying, as they do, superior values, which can fulfil the aspirations of humankind as a whole. Their continued validity is beyond question, and their relevance becomes evident in the construction, in our days, of a new *jus gentium*, the international law for humankind. The consolidation of *erga omnes* obligations of protection, ensuing from peremptory norms of International Law, overcomes the pattern erected in the past upon the autonomy of the will of the State, which can no longer be invoked in view of the existence of norms of *jus cogens*. States are nowadays faced with a dilemma which should have been overcome a long time ago: either they return to the old voluntarist conception of International Law, abandoning the hope in the primacy of Law over power politics, or they retake and realize the ideal of construction of a more cohesive and institutionalized international community in the light of the imperatives of the rule of law and the realization of justice, moving resolutely from *jus dispositivum* to *jus cogens*.[79]

NOTAS

1. 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), ch. XII, pp. 336-346.

2. Other concepts have also found expression in the emerging International Law for humankind, such as, e.g., those of *common heritage of mankind* and *common concern of mankind*; and others emerge with the new *jus gentium* of this beginning of the XXIst century, such as that of *universal jurisdiction*.

3. Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), Advisory Opinion n. 18, on *The Juridical Condition and the Rights of the Undocumented Migrants* (of 17.09.2003), pars. 98-99, and Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, pars. 65-67.

4. More than three decades earlier, the expression "*jus cogens*" was utilized by Judge Schücking, in his well-known Separate Opinion in the *Oscar Chinn* case (United Kingdom *versus* Belgium); Permanent Court of International Justice (PCIJ), Series A/B, n. 63, 1934, pp. 148-150, esp. p. 149. One year later, in his course at the Hague Academy of International Law, Alfred Verdross also utilized the expression "*jus cogens*", and referred himself to the aforementioned Separate Opinion of Judge Schücking; cf. A. Verdross, "Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence internationale", 52 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye [RCADI]* (1935) pp. 206 and 243.

5. Cf. A.D. McNair, "Treaties Producing Effects `Erga Omnes'", *in Scritti di Diritto Internazionale in Onore di T. Perassi*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 23-36.

6. It may be addded that, during the *travaux préparatoires* of the Convention undertaken by the U.N. International Law Commission [ILC], the notion of "community interest" was made present: at first utilized by J.-M. Yepes in 1950, the idea was later to appear in the 1st. report by J.L. Brierly (the first *rapporteur* on the subject), and in the 1st. report by H. Lauterpacht (the second *rapporteur*), the became absent from the reports by G. Fitzmaurice (the third *rapporteur*), and reappeared at last in the 2nd. report by H. Waldock (the fourth and last *rapporteur* on the matter); S. Rosenne, "Bilateralism and Community Interest in the Codified Law of Treaties", *in Transnational Law in a Changing Society - Essays in Honour of Ph. C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin, and O. Lissitzyn), N.Y./London, Columbia University Press, 1972, pp. 207, 212-219 and 226-227; and cf. Ph. Cahier, "Le problème des effets des traités à l'égard des États tiers", 143 *RCADI* (1974) pp. 589-736.

7. For a historical account of the concept, going back to the old Roman law, but reappearing mainly as from the XIXth century, cf. J. Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties - A Critical Appraisal*, Viena, Springer-Verlag, 1974, pp. 6-11 and 97-108.

8. The term, as such, appeared for the first time in the 3rd. report by G. Fitzmaurice, and was again to appear in the 2nd. report by H. Waldock; J. Sztucki, *op. cit. supra* n. (7), pp. 104-105 and 108. - On the criteria for the determination of the rules of International Law which could constitute *jus cogens*, cf. I.M. Sinclair, "Vienna Conference on the Law of Treaties", 19 *International and Comparative Law Quarterly* (1970) pp. 66-69; I.M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, University Press/Oceana, 1973, pp. 124-129, and cf. pp. 129-131.

9. Cf., e.g., Ch.L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North Holland Publ. Co., 1976, pp. 1-194; Ch. de Visscher "Positivisme et *jus cogens*", 75 *Revue générale de Droit international public* (1971) pp. 5-11; M. Virally, "Réflexions sur le *jus cogens*", 12 *Annuaire français de Droit international* (1966) pp. 5-29; A. Verdross, "*Jus dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law", 60 *American Journal of International Law [AJIL]* (1966) pp. 55-63; J.A. Barberis, "La liberté de traiter des États et le *jus cogens*", 30 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* [*Z.f.a.o.R.u.V.*] (1970) pp. 19-45; U. Scheuner, "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of International Law", 27 and 29 *Z.f.a.o.R.u.V.* (1967 and 1969) pp. 520-532 and 28-38, respectively; H. Mosler, "*Ius 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", *in Recueil d'etudes de Droit International en hommage à P. Guggenheim*, Geneva, I.U.H.E.I., 1968, pp. 426-459; M. Schweitzer, "Ius cogens im Völkerrecht", 15 *Archiv des Völkerrechts* (1971) pp. 197-223; G. Gaja, "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", 172 *RCADI* (1981) pp. 279-313; L. Alexidze, "Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law", *in ibid*., pp. 227-268; among other sources (*infra*).

10. I.M. Sinclair, "Vienna Conference...", *op. cit. supra* n. (8), pp. 66-69; I.M. Sinclair, *The Vienna Convention...*, *op. cit. supra* n. (8), pp. 124-129.

11. *Cit. in* I.M. Sinclair, *The Vienna Convention...*, *op. cit. supra* n. (8), pp. 121-122, and cf. pp. 130-131; cf. also accounts *in* S.P.A. Ferrer, "Los conceptos de *ius cogens* y *ius dispositivum* y la labor de la Comisión de Derecho Internacional", 21 *Revista Española*

de Derecho Internacional (1968) pp. 763-780; E. Schwelb, "Some Aspects of International *Ius Cogens* as Formulated by the International Law Commission", 61 *AJIL* (1967) pp. 946-975.

12. ICJ, Advisory Opinion of 28 May 1951, *ICJ Reports* (1951) p. 23.

13. 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 (intervention by the Deputy Head of the Delegation of Brazil, A.A. Cançado Trindade).

14. A.A. Cançado Trindade, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment", 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Geneva (1981) pp. 201-240.

15. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 415-416; IACtHR, Advisory Opinion n. 18, on *The Juridical Condition and the Rights of the Undocumented Migrants* (of 17.09.2003), Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, pars. 68-73.

16. For the extension of *jus cogens* to all possible juridical acts, cf., e.g., E. Suy, "The Concept of *Jus Cogens* in Public International Law", *in Papers and Proceedings of the Conference on International Law* (Langonissi, Greece, 03-08.04.1966), Geneva, C.E.I.P., 1967, pp. 17-77.

17. Cf. E. de Wet, "The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and Its Implications for National and Customary Law", 15 *European Journal of International Law* (2004) pp. 98-99.

18. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit. supra* n. (15), p. 415.

19. Cf. OAS/G.A., *Asamblea General de la OEA - XV Período Ordinario de Sesiones (Cartagena, Colombia), Actas y Documentos*, vol. II, part II, Washington D.C., OAS General Secretariat, 1985, p. 113.

20. Cf. OAS/PC, *Informe del Presidente del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar el Proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, OAS doc. OEA/Ser.G/CP/CAJP-925/93/rev.1, of 25.01.1994, pp. 3-23.

21. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, *op. cit. supra* n. (15), pp. 345-358.

22. Paragraphs 97-101; and cf., for a recent general study, e.g., A.A. Cançado Trindade, "The Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights: An Overview", *in Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, vol. III, Napoli, Ed. Scientifica, 2004, pp. 1873-1898.

23. Cf., e.g., F. Harhoff, "La consécration de la notion de *jus cogens* dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux", *in Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour Pénale Internationale* (eds. P. Tavernier and C. Renaut), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 65-80.

24. Paragraphs 137-139, 144 and 160, and cf. pars. 151 and 153-154.

25. On this last point, cf. the Judgment of the European Court of Human Rights [ECtHR] in the *Soering versus United Kingdom* case (1989, pars. 144 and 148). - And, on the practice under the U.N. Covenant on Civil and Political Rights, cf. F. Pocar, "Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici ed Estradizione", *in Diritti dell'Uomo, Estradizione ed Espulsione - Atti del Convegno di Ferrara (1999) per Salutare G. Battaglini* (ed. F. Salerno), Padova, Cedam, 2003, pp. 89-90.

26. J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility - Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, University Press, 2002, p. 188, and cf. pp. 246 and 127-128.

27. In its Advisory Opinion of 21.06.1971 on *Namibia*, the ICJ in fact referred itself to a situation which it characterized as "illegal *erga omnes*"; *ICJ Reports* (1971) p. 56, par. 126.

28. IACtHR, case *Blake versus Guatemala* (Merits), Judgment of 24.01.1998, Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, par. 25, and cf. pars. 23-24.

29. *ICJ Reports* (1996) p. 616, par. 31.

30. ICJ, Advisory Opinion of 28 May 1951, *ICJ Reports* (1951) p. 23.

31. Cf. J. Allain, "The *Jus Cogens* Nature of *Non-Refoulement*", 13 *International Journal of Refugee Law* (2002) pp. 538-558.

32. J.A. Pastor Ridruejo, "La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el `Jus Cogens' Internacional", *in Estudios de Derecho Internacional - Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, vol. I, Madrid, Ed. Tecnos, 1979, pp. 581-590.

33. A. Gómez Robledo, *El Jus Cogens Internacional (Estudio Histórico Crítico)*, Mexico, UNAM, 1982, pp. 20-21, 222-223 and 226, and cf. p. 140; and cf. also R.St.J. Macdonald, "Fundamental Norms in Contemporary International Law", 25 *Annuaire canadien de Droit international* (1987) pp. 133-134, 140-142 and 148.

34. Pars. 11 and 14 of the Opinion.

35. Pars. 15, 17, 23, 25 and 28 of the Opinion.

36. Pars. 31, 40 and 45 of the Opinion.

37. Pars. 10-11 and 25 of the Opinion.

38. Par. 38 of the Opinion.

39. Pars. 6, 8-9 and 12 of the Opinion.

40. Pars. 1, 37, 39, 42 and 44 of the Opinion.

41. Pars. 2, 32, and 39-41 of the Opinion.

42. In my Separate Opinion in this same case *Tibi*, I singled out the importance of the absolute character of such prohibition, and examined the evolution of this latter in contemporary international case-law (pars. 26 and 30-32 of the Opinion). - The international regime against torture is today conformed by the U.N. Convention (of 1984, and its Protocol of 2002) and the Inter-American (1985) and European (1987) Conventions on the matter, in addition to the Special *Rapporteur* on Torture (since 1985) of the old U.N. Commission on Human Right (CHR), and the Working Group on Arbitrary Detention (since 1991) of the same CHR (attentive to the prevention of torture). The three aforementioned coexisting Conventions of struggle against torture are basically complementary. On its turn, the European Court of Human Rights affirmed, in the case *Soering versus United Kingdom* (Judgment of 07.07.1989), that the absolute prohibition of torture (also in times of war and other national emergencies) gives expression to one of the contemporary fundamental values of democratic societies (par. 88). And the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia categorically sustained, in the case *A. Furundzija* (Judgment of 10.12.1998), that the absolute prohibition of torture has the character of a norm of *jus cogens* (pars. 137-139, 144 and 160).

43. On the impact and influence of this latter, cf. A.A. Cançado Trindade, "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American of Human Rights on International Case-Law and Practice", 4 *Chinese Journal of International Law* (2007) pp. 1-16.

44. Cf., in this sense, my Separate Opinions in the IACtHR'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 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; of *Ximenes Lopes versus Brazil* (of 04.07.2006), pars. 38-47 of the Opinion.

45. E.g., Article 75 of Protocol I (of 1977) of the Geneva Conventions (of 1949) on International Humanitarian Law.

46. In the light mainly of the work of the U.N. International Law Commission (ILC) on the International Responsibility of States.

47. Cf. A. Marchesi, *Obblighi di Condotta e Obblighi di Risultato - Contributo allo Studio degli Obblighi Internazionali*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 50-55 and 128-135.

48. Cf. the text of my Separate Opinion in this case, 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.

49. Cf. also, in this respect, A.A. Cançado Trindade, "La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*", *in XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2007*, Washington D.C., General Secretariat of the OAS, 2008, pp. 1-15.

50. Cf., in this respect, A.A. Cançado Trindade, "Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited", *in International Responsibility Today - Essays in Memory of O. Schachter* (ed. M. Ragazzi), Leiden, M. Nijhoff, 2005, pp. 253-269.

51. Pars. 62-68 of the Opinion, text *in ibid*., pp. 801-804.

52. Cf., in this respect, A.A. Cançado Trindade, "Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility...", *op. cit. supra* n. (18), pp. 253-269.

53. The public hearings of which took place in the external session of the IACtHR of Brasília, on 29.03.2006.

54. As exemplified by the criticized Decree-Law n. 2191, of 18.04.1978, of the Pinochet regime.

55. Cf., on this point, A.A. Cançado Trindade, "Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility...", *op. cit. supra* n. (18), pp. 253-269.

56. Public hearings of 28-29.01.1999 and 12.03.2001.

57. As to the merits, of 19.11.1999, and as to reparations, of 26.05.2001.

58. In my lengthy Separate Opinion (pars. 1-43) in that case (Judgment on reparations, of 26.05.2001), I pointed out precisely this point, besides another one virtually unexplored in international doctrine and case-law to date, namely, the triad of the victimization, of human suffering and of the rehabilitation of the victims.

59. Pars. 107, 120-121 and 126 of the aforementioned Judgment.

60. Cf., in this respect, A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y Su Proyección Hacia el Futuro: La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional", *in XXVIII*

Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - OEA (2001) pp. 33-92; 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 Libertés, justice, tolérance - Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 351-365.

61. In its turn, the Advisory Opinion n. 17 of the Inter-American Court (of 28.08.2002), on the *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, e.g., placing itself in the same line of assertion of the juridical emancipation of the human being, emphasized the consolidation of the juridical personality of the child, as true subject of rights and not as simple object of protection; this was the *Leitmotiv* which permeated the whole Advisory Opinion referred to, affirmed in an eloquent way in its paragraphs 41 and 28.

62. Cf., e.g., the Judgments of the IACtHR in the cases of the *Massacres of Barrios Altos versus Peru* (of 14.03.2001), of *Plan de Sánchez versus Guatemala* (of 29.04.2004), of the *19 Tradesmen versus Colombia* (of 05.07.2004), of *Mapiripán versus Colombia* (of 17.09.2005), of the *Moiwana Community 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).

63. Cf., *inter alia*, K. Zemanek, "How to Identify Peremptory Norms of International Law", *in Völkerrecht als Wertordnung - Festschrift für C. Tomuschat* (eds. P.-M. Dupuy *et alii*), Kehl, N.P. Engel Verlag, 2006, pp. 1108, 1114 and 1117; and cf., for a discussion, R. Kolb, *Théorie du Ius Cogens International*, Paris, PUF, 2001, pp. 68-83 and 172-181; cf. also, e.g., E.P. Nicoloudis, *La nullité de jus cogens et le développement contemporain du Droit international public*, Athens, Éd. Papazissi, 1974, pp. 41-45 and 227-228.

64. G. Cohen-Jonathan, "Du caractère objectif des obligations internationales relatives aux droits de l'homme - Quelques observations", *in Les droits de l'homme et la Constitution - Études en l'honneur du Prof. G. Malinverni* (eds. A. Auer *et alii*), Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2007, pp. 130-133.

65. Cf. L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law - Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus/Finnish Lawyers' Publ. Co., 1988, pp. 605-606 and 621, and cf. pp. 602-604 and 607-608.

66. Cf. E. de Wet, "The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and Its Implications for National and Customary Law", 15 *European Journal of International Law* (2004) pp. 98, 100, 105, 112 and 120-121.

67. A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2nd. ed., Brasília, Edit. University of Brasília, 1997, pp. 265-266.

68. Cf. M. Ragazzi, "Alexidze on *Jus Cogens* (Selected Considerations", *in Theory and Practice of Contemporary International Law - Essays in Honour of Prof. L. Alexidze on the 80th Birthday Anniversary*, Tbilisi, Inovatia, 2007, pp. 35 and 38.

69. As I have sought recently to demonstrate in my lengthy Dissenting Opinion (pars. 1-60) in the case of the *Dismissed Workers of the Congress versus Peru* (Interpretation of Judgment, of 30.11.2007).

70. As clarified, e.g., by paragraphs 2 and 1, respectively, of Article 27 of the American Convention on Human Rights.

71. As I sustained in my recent Separate Opinion (pars. 156-157) in the case of the *Prison Castro Castro versus Peru* (Interpretation of Judgment, of 02.08.2008).

72. Mucho más de lo que tal vez se hubiera *prima facie* suponer, la *conciencia jurídica universal* ha, efectiva y reiteradamente, sido invocada tanto en las formulaciones doctrinales como en la práctica internacional (de los Estados y de las organizaciones internacionales); 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* (de A.A. Cançado Trindade y J. Ruiz de Santiago), San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 19-78 (4ª. ed., 2006).

73. In this sense, the emergence of a truly *jus commune* of human rights at international level has been suggested; 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 and H. Petzold), 2nd. 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.

74. For a general study of this historical process, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409.

75. G.M. Danilenko, "International *Jus Cogens*: Issues of Law-Making", 2 *European Journal of International Law* (1991) p. 45, and cf. pp. 48-49 and 59-

65 on the possibility of the incidence of *jus cogens* in the elaboration itself of drafts of international instruments.

76. Thus, to the late Cuban jurist M.A. D'Estéfano Pisani, for example, the concept of *jus cogens*, rooted in natural law, reflects the juridical achievements of humankind; it warns States as to the need to abide by fundamental principles and peremptory norms, depriving of legitimacy any act or situation (ensuing from the law of treaties or customary law) incompatible with them; M.A. D'Estéfano Pisani, *Derecho de Tratados*, 2nd. ed., Havana/Cuba, Edit. Pueblo y Educación, 1986 [reprint], pp. 97 and 165-166. In a similar line of reasoning, the Chinese jurist Li Haopei criticized positivists for having attempted to base International Law on a mere assumption, State consent, which was nothing but a "layer of loose sand", for, if it were really so, International Law would cease to be effective whenever States withdrew their consent. He further criticized the attitude of positivists of intentionally ignoring or belittling the value of general principles of law, and held that peremptory norms of International Law have emerged to confer an ethical and universal dimension to International Law and to serve the common interests of the international community as a whole and, ultimately, of all mankind; Li Haopei, "*Jus Cogens* and International Law", *in Selected Articles from Chinese Yearbook of International Law*, Beijing/China, Chinese Society of International Law, 1983, pp. 47-48, 57, 59, 61-64 and 74.

77. Such as, e.g., *bona fides* and *pacta sunt servanda*.

78. R. Kolb, *Théorie du jus cogens international*, Paris, PUF, 2001, pp. 98-100, 105, 110 and 112.

79. And always bearing in mind that the protection of fundamental rights places us precisely in the domain of *jus cogens*.

IN SEARCH OF SYMBIOSIS: THE SECURITY COUNCIL IN THE HUMANITARIAN DOMAIN

Aurélio Viotti
Diplomat of the Brazilian Ministry of External Relations and PhD candidate in international law at the University of Buenos Aires.

In ecology, symbiosis is the name given to a close, generally long-term relationship between organisms of different species. While their relationship may be obligate or facultative, depending on the degree to which the two organisms need each other to survive, the term "symbiosis" does assume that the interaction is mutually beneficial. One well-known example is the relationship between the clownfish (*amphiprion spp.*) and the sea anemone: while the anemone protects the fish against predators, the fish removes parasites and dirt from the anemone.

Despite the risks involved in applying a biological concept to the analysis of normative developments, one can safely say that over the last decade the search has been on for a degree of "symbiosis" between humanitarian action and the action of the Security Council in armed conflicts. From this perspective, the Security Council, on the one hand, would exercise its full powers under the UN Charter in support of agencies and organizations working to protect the victims of violence. On the other hand, the humanitarian actors would work – independently, neutrally and impartially – to mitigate the suffering inherent to military confrontation, perhaps helping to facilitate dialogue between the warring parties and the achievement of a solution to the conflict. Generally presented in its ideal form, this complementarity – under the legitimacy of a multilateral organization – is seen as furthering both the protection of the victims of armed conflict as well as the restoration of peace at an international level.

However, the perspective of perfect symbiosis between the world of protection and that of security cannot avoid the debate regarding the nature and responsibilities of the Security Council, whose primary function is the maintenance or restoration of international peace and security, a matter that falls within the domain of *jus ad bellum*. Furthermore, such a perspective brings with it an analysis of the compatibility of the means at the Security Council's disposal with the principles and norms that govern the protection of the victims of armed conflict, under *jus in bello*.

The conceptual distinction between *jus ad bellum* and *jus in bello* is seen as one of the basic principles of international humanitarian law. Ultimately, it is this distinction that guarantees the independence and universality of humanitarian action. It ensures that the rules governing the protection of the individual are applicable whenever there is a *de facto* armed conflict, regardless of the legality or illegality of the use of force, and can be seen as establishing the principle of equality of the belligerents under humanitarian law. Even those who are responsible for a "war of aggression" are protected by *jus in bello*.[1]

This article analyses some legal aspects of the Security Council's incursion into the protection of individuals and groups, with the aim of assessing the search for symbiosis between humanitarian action and that of the Security Council. The first two parts will briefly describe the evolution of the dichotomy between *jus in bello* and *jus ad bellum*, under an historical-doctrinary approach. The third part will examine the legal regime established with the creation of the United Nations and certain modern developments in the international system for the protection of the individual. The final sections will examine some of the measures the Security Council has taken with regard to the victims of armed conflict, together with the continued relevance of the dichotomy between *jus in bello* and *jus ad bellum* to current conflicts.

THE IMPRECISION OF TRANSCENDENTAL PRINCIPLES

Even though *jus ad bellum* and *jus in bello* are Latin terms, there was no clear distinction

between the two concepts in classical times, nor during the development of modern international law. However, the histories of various peoples include instances of a desire to regulate both the initiation and the conduct of hostilities, though the reasons for doing so presented generally more religious than legal traces.

From the histories of the Pan-Hellenic wars we learn that the ancient Greeks held sacred and inviolate certain places and persons, such as temples, sanctuaries and priests. Likewise, failure to respect the corpse of one's vanquished enemy or to allow him a decent burial would inevitably attract the punishment of the gods. In the Iliad, Achilles brought down divine wrath upon himself after he had defeated Hector:

> "But his man, now he has torn the heart of life from great Hektor, ties him to his horses and drags him [...]; and nothing is gained thereby for his good, or his honour. Great as [Achilles] is, let him take care not to make us angry; for see, he does dishonour to the dumb earth in his fury."[2]

In Rome, such aspects of war as respect for truces and promises of safe conduct were tightly regulated. There are indications that if a city surrendered before the Roman troops took the main walls, the inhabitants – including the males – were to be spared, although it was possible for them to be taken as slaves. Classical literature is full of references to leaders who invoke the rhetoric of the *justa causa* as the basis for claiming Roman superiority – both moral and military. In particular, *jus fetiale* provided a formal system for rendering war legal; a war would be considered "pious and just" only if it was launched in accordance with a special procedure. This procedure, approved by the fetial college, would ensure that the gods looked with favour on the Roman armies.[3]

Assessment of war in material terms only became common in the Middle Ages. The concept of a "just war" (*justum bellum*) was proposed for the first time by Saint Augustine (354-430) and was later developed by Thomas Aquinas (1225-1274). Aquinas fed the debate on war over the next few centuries by deeming a war to be just if it fulfilled three conditions:

> "First, the authority of the sovereign by whose command the war is to be waged. For it is not the business of a private person to declare war, because he can seek for redress of his rights from the tribunal of his superior. […] And as the care of the common weal is committed to those who are in authority, it is their business to watch over the common weal of the city, kingdom or province subject to them.
>
> Secondly, a just cause is required, namely that those who are attacked should be attacked because they deserve it on account of some fault. Therefore Augustine says: *A just war is usually described as one that avenges wrongs* […].
>
> Thirdly, it is necessary that the belligerents should have a rightful intention, so that they intend the advancement of good, or the avoidance of evil."[4]

We owe the formalization of the *justum bellum* in legal terms to Francisco de Vitoria (1486?-1546), theologian and professor at Salamanca, regarded by some as the founder of international law. In addition to seeing war as a purely public issue, he considered that there was "only one single just cause for starting a war, namely the suffering of a [grave] wrong." Nevertheless, given that the sovereign was his own judge with regard to war, error or good faith would excuse a war that was objectively unjust.[5] Following on from this, Francisco Suárez (1546-1617) classified as just cause for a war the punishing of those who had violated the rights of a third party, the avenging of a wrong and the protection of the innocent. Nonetheless, before resorting to the use of arms it was necessary to establish that war was the only means of obtaining reparations.[6]

These teachings must be understood in the context in which the last two authors lived and worked. This was the period when both the Catholic unity and the Holy Roman Empire were breaking up – the Emperor had been seen as the temporal leader of the Christian countries of the west. Religion, hitherto a unifying force across western Europe, had now become a reason for war both between and within States, as in the case of the Thirty Years War (1618-1648). That conflict started as an internal dispute within the Holy Roman Empire, but spread to involve the majority of European countries, divided along religious lines, and saw worrying advances in methods of warfare. After three decades, the devastation was dramatic: some three quarters of the population in the areas directly affected had disappeared as a consequence of war, disease or mass migration.[7]

Grotius wrote his great work during the Thirty Years' War, the Netherlands' struggle for independence and the rise of Dutch naval power. He believed that it was not possible to conduct a just

war against those who erred in their interpretation of the Christian faith or who refused to accept it, as the sovereign exercised secular supremacy over his subjects. He saw war as a judicial procedure – to obtain redress for injury – that could include punishing anyone who committed "grievous violations of the law of nature or nations." He therefore believed it was possible to conduct war for the sake of the oppressed:

> "It is another question, whether we have a just cause for war with another prince, in order to relieve his subjects from their oppression under him. […] But if the injustice be visible, as if a Busiris, a Phalaris, or a Thracian Diomedes exercise such tyrannies over subjects, as no good man living can approve of, the right of human society shall not be therefore excluded."[8]

While some authors from the classical period do demonstrate a concern for "innocents," they make no conceptual distinction between *jus ad bellum* and *jus in bello*. This lack of precision meant that the rights and obligations of belligerents depended on the "legitimacy" of the causes they were pursuing. In the final instance, a combatant without a just cause had no rights. Francisco Suárez, for instance believed that "if the end is legitimate, then so are the means required; in consequence, no harm done to the enemy during war is classed as injustice, excepting the death of innocents," i.e. "children, women and all who cannot bear arms."[9] Similarly, a just cause granted legal title to goods taken by pillage, items that under other circumstances would have been considered stolen.[10]

Some of the precepts put forward by Grotius were reflected in the 1648 Peace of Westphalia, which brought an end to the wars of religion in Europe. This decreed that future religious disputes were to be resolved by "friendly" agreements between Catholics and Protestants. The institution of the Westphalian System marked the transition in Europe from the mediaeval era to a system of equal, sovereign States. War ceased to be perceived as a means of attaining superiority for one particular dogma and became an instrument – however imperfect – for settling differences.[11] The question of its legality was ignored in favour of the argument put forward by Machiavelli (1469-1527), that "war is just when it is necessary."[12] This concept was first espoused in legal terms by Balthazar Ayala (1548-1584), who saw war as the prerogative of princes, rendering improper all discussion regarding the fairness of its causes. This opinion was developed by Alberico Gentile (1550-1608), who questioned the moral foundations of the scholastic view: "if it is doubtful on which side justice is, neither can be called unjust."[13]

THE CONSEQUENCES OF THE IMMANENT STATE

The rise of the modern State, with its independent political powers, gradually made war the prerogative of the sovereign, the *ultima ratio* of politics. As the State recognized no obligations beyond its own will, the principle of the inviolability of domestic jurisdiction developed as the corollary of sovereignty, and the situation of the individual was limited to his/her relations with the State, the sole source of rights and duties. Emmerich de Vattel (1714-1767), for instance, writing when the European nation States were still affirming themselves, reinterpreted and limited the application of general principles that went beyond the will of nations and sovereigns. He raised doubts regarding the taking up of arms to punish grave breaches of the natural law:

> "Could it escape Grotius, that, notwithstanding all the precautions added by him […], his opinion opens a door to all the ravages of enthusiasm and fanaticism, and furnishes ambition with numberless pretexts?"[14]

The 19th Century, in particular, was a time of unlimited right to war and the recognition of conquest, influenced by the political system of the Concert of Europe.[15] Any international reaction to a conflict between States was dictated by political considerations rather than legal ones. Even in 1895, Bluntschli wrote that while one might deplore the effects of war, it would continue to be "an indispensable means of ensuring the necessary progress of humanity."[16] International law focused on the formalities of declaring war and the consequences for belligerents and third parties. Accioly summarized the classical doctrine of war as follows: "it is the role of international law to make a legal assessment, not of its legitimacy or illegitimacy, but merely of the manner in which it is conducted and the effects that it produces."[17]

This absolute voluntarism, while conferring on States the freedom to decide as to the expediency of opening hostilities, favoured the setting of limits on the way in which the violence was conducted. Given that all the belligerents were acting legitimately, there was no contradiction in observing certain rules of behaviour while the

"state of war" continued. Vattel had included in his work a series of rules as to "what we are allowed to do to the enemy's person in a just war." While promoting military necessity as the general rule, he considered illegal not only violence against all who were not carrying arms (as long as they refrained from hostile acts), but also certain methods of warfare, such as the use of poisoned weapons and the refusal to spare the lives of defeated or disarmed enemies, who were to be considered prisoners of war.[18]

To the extent that international law is confined to agreements between sovereign States, *jus in bello* loses its transcendental character, becoming a matter of reciprocal obligations between the belligerents. The second half of the 19th Century saw the arrival of the Red Cross and the first multilateral conventions that attempted to establish "the technical limits at which the necessities of war ought to yield to the requirements of humanity."[19] The contractual nature of international law at this time, by interpreting the protection of nationals in the hands of the enemy or on enemy territory as being a matter of common interest, meant that for the first time States agreed to restrict their powers in favour of the individual, under international treaties open to universal ratification.

Likewise, the Hague peace conferences of 1899 and 1907 addressed issues related to *jus in bello* such as methods of warfare, neutrality and the Martens clause. At no time, however, were the terms *jus ad bellum* and *jus in bello* used. These expressions are rarely encountered before 1930.[20] Despite advances in the promotion of a peaceful solution to disputes, war continued to be the last resort of sovereigns. Only with the first attempts to make the use of arms illegal, and hence to criminalize war, did the distinction become clear. As the available justifications for armed action by States became clearer, so did the limits of military necessity.

THE HARSH REALITY OF TOTAL WAR

The development of a legal regime governing the use of armed force in international relations went hand in hand with progress in military technology and strategy and the accompanying increase in the cost of resorting to war in human, political and economic terms. Modern developments in *jus in bello* and *jus ad bellum* show that while these two areas of law are separate, they do share a common catalyst – the emergence of "total war." This concept, initially a military strategy, became a synonym for destruction and suffering.

The devastation of the First World War raised sensitivity to the use of force, to the point at which attempts were made to hold Wilhelm II responsible for unjustified recourse to war (the polemical war-guilt clause). Nonetheless, general opposition to any kind of restriction on the use of military means prompted the Dutch government to refuse the ex-Emperor's extradition.[21]

During the inter-war period, there was a trend towards prohibiting States' use of arms, through such instruments as the Covenant of the League of Nations (1919) and the "General Pact for the Renunciation of War" also known as the Kellog-Briand Pact (1928). In 1932, American Secretary of State Stimson sent a note to the Japanese government in which he declared that the US did not recognize the Japanese invasion of Manchuria.[22] Despite being the logical corollary of the prohibition on the use of force, the principle of non-recognition (*ex injuria jus non oritur*) did not prevent the policy of appeasement in 1938, whereby the annexation of parts of Czechoslovakia by Hitler's armies was recognised.

Following the collapse of the League of Nations and the devastation of the Second World War, the creators of the new order sought once again to institutionalize the use of force in relations between States. The principle objective of the United Nations is the maintenance of international peace and security (UN Charter, Article 1 (1)). The Preamble to the Charter makes clear the desire to "save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind." In addition to prohibiting the unilateral use of armed force except in self defence,[23] the Charter established a system for the prevention of international armed conflict. That system followed on from earlier efforts and was based on the principle of peaceful resolution of disputes (Article 2 (3)), the regulation, control and reduction of arms and the promotion of world economic and social welfare. The Charter reverses the presumption that war is a legitimate mode of political action, to the point of replacing the ancient absolute power regarding the use of force by a general prohibition on war (*jus contra bellum*).[24] The prohibition on the use or threat of force in international relations has become part of international custom, considered *jus cogens*.[25] The main exception is the collective security system, set up on the basis of the coercive powers of the Security Council under Chapter VII and Articles 25 and 103 of the Charter. However, the system was quickly paralysed by indiscriminate use of the veto provided for in the Charter.

Between 1945 and 1989, the veto was used on 279 occasions, leaving the UN impotent in the face of over 100 conflicts around the world, with some 20 million deaths.[26]

The UN therefore turned its attention to other questions – considered secondary by the authors of the Charter – such as decolonialization and human rights. The development of international human rights law gained momentum with the 1948 Universal Declaration of Human Rights and manifested itself over the next 50 years in a large number of conventions, judicial decisions and other mechanisms for supervising compliance with multilateral and regional obligations. Today, there is no dispute as to the legitimacy of international concern with human rights issues, anywhere and at any time.[27]

The relationship between the UN and *jus in bello*, however, has been one of suspicion and ambiguity. The aim of the UN is to prevent war, not to regulate the conduct thereof. The International Law Commission therefore considered it unnecessary to include the law of war in its efforts to codify customary law in view of the general prohibition on the threat or use of armed force. In rather optimistic tones, it decided that "War having been outlawed, the regulation of its conduct has ceased to be relevant."[28]

The codification and progressive development of IHL therefore continued on the margins of the UN. Originally intended as "saving clauses," applicable when a *de facto* armed conflict broke out, these humanitarian norms and principles are today codified in various conventional instruments that are almost universally accepted. Despite its contractual origins, based on inter-State conflicts, IHL expanded to cover internal conflicts and converged towards international human rights law, which applies in time of peace, but whose basic principles remain valid in time of public emergency.. Article 3 common to the Geneva Conventions of 1949, for instance, applicable to "armed conflict not of an international character," requires all parties to respect minimal standards of protection of the individual and reaffirms certain basic human rights.[29] It is accepted that, at least, the fundamental standards of *jus in bello* – including the content of common Article 3 – constitute imperative rules of international law (*jus cogens*).[30]

The relationship between humanitarian law and the UN started to change in the 1960s. Two years after the adoption in 1966 of the International Covenant on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights, the International Conference on Human Rights (Teheran, 1968) adopted a resolution on "human rights in armed conflicts."[31] Since then, a series of General Assembly resolutions has addressed matters related to the protection of the victims of armed conflict and the means and methods of warfare, from the point of view of the development and strengthening of human rights and refugee law. Any doubt regarding the formal reception of *jus in bello* by the UN finally disappeared at the end of the Cold War. Today, the organization operates in full recognition of this area of law and plays a significant role in its development.[32]

POST-COLD WAR HUMANITARIANISM

The period following the fall of the Berlin Wall was one of non-international armed conflicts – not properly covered by *jus ad bellum* – and of increasing violence against civilians, which accounts for some 75% of casualties in contemporary armed conflicts.[33] More recently, there has been an upsurge in what are being called "asymmetric conflicts," in which the weaker side is tempted to use illegal methods of warfare, such as blending in with the civilian population, taking hostages or employing insidious techniques.

Although the ending of rivalry between East and West has reduced the threat of large-scale military conflicts, the affirmation of national, ethnic, sectarian and religious differences has presented new challenges to humanitarian action, in both legal and operational terms. The classic distinction between combatants on the one hand, and civilians and combatants *hors de combat* on the other, is becoming less clear-cut. The mechanisms intended to ensure respect for humanitarian standards ran up against State suspicions related to matters of jurisdiction or, more simply, against the interests of the combatants.

The UN Secretary General has painted a sad picture of contemporary conflict:

> "In the new warfare that has emerged, the impact of armed conflict on civilians goes far beyond the notion of collateral damage. Targeted attacks, forced displacement, sexual violence, forced conscription, indiscriminate killings, mutilation, hunger, disease and loss of livelihoods collectively paint an extremely grim picture of the human costs of armed conflict. […] today's armed conflicts are more often low-intensity conflicts fought with small arms and light weapons in both urban and rural areas. Conventional warfare under-

taken by large, formed, well-disciplined units with clear command and control structures is less common."[34]

While new challenges arose for humanitarian action, the end of the ideological dichotomy of the Cold War allowed the UN to play a leading role in protecting the victims of armed conflict. A number of resolutions were adopted during the 1990s aimed at improving the coordination of emergency humanitarian assistance within the UN system – during both natural and man-made emergencies. These led to the creation of a United Nations Disaster Relief Coordinator, the Inter-Agency Standing Committee (IASC) and, in 1998, the Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), as one of the departments of the Secretariat.[35] Humanitarian activities are today on the agenda of various agencies and organizations within the UN system, such as the World Food Programme, UNICEF, the World Health Organization and the office of the United Nations High Commissioner for Human Rights.

The scope of the work, together with the possibility of coordinating separate initiatives and perceptions regarding humanitarian action, has allowed the UN to play a proactive role in protecting the victims of armed conflict. For instance, the large number of resolutions adopted by various bodies on humanitarian assistance bear witness to the development of a right to humanitarian assistance in recent years, and this now forms part of international custom and practice.[36]

Inclusion of humanitarian activities in the UN system has gone hand in hand with conceptual and operational advances in the fields of human rights, humanitarian law and refugee law. Increasing interaction between the three major areas of international protection of the individual has helped prevent offences against human dignity in situations of violence, however the situation may be classified. For instance, the entry of the rights of the individual into positive law at an international level, in the form of developments in the field of human rights, mean that the treatment of persons on the territory of a State – or under its jurisdiction – is not a merely internal issue. Those advances have also strengthened prosecution and punishment against grave breaches, on the basis of what has come to be called international criminal law, manifested in the creation of the International Criminal Court.

Nevertheless, existing mechanisms intended to ensure respect for fundamental international rules protecting individuals during extreme situations continue to show grave deficiencies. The nature of contemporary conflict has given new impetus to the criticism that humanitarian law can encourage a tolerant attitude towards possible war criminals, because of the need to obtain the consent of combatants. In many conflicts, there has been a clear inability or lack of interest on the part of the State to ensure respect for fundamental rules that protect the individual. Yet at the same time, the international reaction has often been inadequate. In addition to the existence of "forgotten humanitarian emergencies,"[37] the changing nature of contemporary armed conflict has caused operational problems and has exacerbated the risks faced by humanitarian agencies in the field. Where State authority is fragmented, or where policy is directed against the beneficiaries of protection, the relevance of certain principles of humanitarian law – such as neutrality, impartiality and the distinction between *jus in bello* and *jus ad bellum* – are called into question.

While doctrine does recognize that certain violations – such as genocide, crimes against humanity and war crimes – could imply aggravated responsibility on the part of the State, there is no consensus regarding the legal consequences of this conclusion, either for the State responsible for the violation or for other States.[38] On the one hand, it is necessary to ensure compliance with international rules on the protection of the individual, even in periods of institutional crisis, and it is the responsibility of States to take the necessary measures, both internally and externally. The obligation to "respect and ensure respect for" humanitarian law shows that there is no "right of indifference," even if political considerations may give reason to abstain.[39] On the other hand, recourse to enforcement measures that do not fall within the mechanisms provided for under *jus in bello* raises doubts concerning its consistency with the principles that govern humanitarian protection.[40] Nevertheless, it is generally recognised that, while violations of humanitarian law are a subject of international concern, any action under Article 1 common to the Geneva Conventions has to respect the regime for the threat or use of armed force laid down in the UN Charter. Such action is limited to, for instance, suspension of cooperation programmes or the severing of diplomatic relations.

Certain analysts see a possible solution in the collective security system, represented by the powers of the UN Security Council. In principle, multilateral organizations are arguably best suited to ensure compliance with common values that

the international community considers fundamental, such as the protection of the individual. It is reasonable to hope that international reaction in such cases would be "public," or collective, as opposed to involving "ordinary" responsibility of a bilateral nature. Article 89 of Protocol I of 1977 additional to the Geneva Conventions of 1949 has something to say on the matter. That article, which is considered to apply to non-international conflicts, at least with regard to the obligations set out in common Article 3, stipulates that:

> "In situations of serious violations of the Conventions or of this Protocol, the High Contracting Parties undertake to act jointly or individually, in co-operation with the United Nations and in conformity with the United Nations Charter."

In addition to making reference to the general ban on the threat or use of armed force (other than in self defence or on the basis of the coercive powers of the Security Council, as specified in the UN Charter), this disposition recognizes the role of the UN in the face of grave breaches of *jus in bello*. From that point of view, the authority to adopt obligatory measures, for Member States or for non-State actors,[41] makes the Security Council the obvious body for ensuring compliance with fundamental humanitarian rules during extreme situations, thanks to a broad interpretation of what constitutes a "threat to international peace and security", according to Article 39 of the Charter.[42] Similarly, the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide stipulates that States can "call upon the competent organs of the United Nations to take such action […] as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide." (Article 8).

A RECORD OF TRIAL AND ERROR

With the end of the Cold War, the Security Council – in a process of continuous experimentation – has moved confidently into the field of international protection of individuals and groups, with varying results. Its limited size, the speed of its procedures and the flexibility of its decisions lead one to expect that the Council, in a framework of multilateral legitimacy, would be able to take prompt and effective steps to manage a humanitarian crisis, in accordance with its primary responsibility for the maintenance of international peace and security (Article 24 of the Charter). The search for symbiosis between the Security Council and humanitarian agencies during an armed conflict, even if limited to non-coercive action, implies a silent but credible threat, that may well be effective in convincing any recalcitrant party: the possibility of the Council's invoking Chapter VII powers in order to ensure respect for humanitarian rules, under a broad interpretation of what constitutes a threat to international peace and security.[43]

While reference was made to the rights of the individual as early as 1946, when the Security Council debated the dictatorial regime in Spain,[44] the Council only decisively entered the humanitarian domain in the 1990s. Since then, it has adopted measures ranging from reminding belligerents of their obligations under international law – such as the obligation to ensure access and security for organizations providing humanitarian assistance, to avoid forced displacements of population and to release prisoners of war[45] – to the application of coercive measures.

Although the resolutions have often mixed security and protection concerns, on a number of occasions the Council has invoked its coercive powers under Chapter VII of the Charter with the aim of preventing, halting or remedying breaches of the fundamental rules that protect the individual. In addition to imposing sanctions against a State or a group taking part in hostilities,[46] the Council has authorized armed intervention with the objective – formally at least – of countering grave offences against human dignity, in both international and non-international conflicts: Somalia (1992-3), Rwanda (1994), Albania (1997), Timor-Leste (1999), Sierra Leone (2000), Congo (2003), Liberia (2003), Haiti (2004).[47] In other cases, the Council has combined mechanisms specific to humanitarian law – such as setting up safe areas in the former Yugoslavia despite the absence of consent from Belgrade[48] and enforcing individual responsibility for grave breaches, with the creation of the *ad hoc* tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda, and the Special Tribunal for Sierra Leone.[49]

Similarly, most UN's peacekeeping operations have begun to include in their mandates subjects related to *jus in bello*. Current "multidimensional" operations, some of which were adopted under Chapter VII, include such tasks as:

a) Facilitating or coordinating humanitarian assistance.[50]

b) Assisting in the voluntary return of displaced persons and/or refugees.[51]

c) Conducting or supporting mine-clearing operations.[52]

d) Supporting the exchange of prisoners of war and other persons held by enemy forces.[53]

e) Protecting civilians and humanitarian personnel under immediate threat of physical violence.[54]

f) Capturing an ex-president to ensure that he was held to account for his actions.[55]

"THE WORST HUMANITARIAN CRISIS TODAY"

The way the Sudan crisis is being managed demonstrates the variety of means at the disposal of the Security Council when dealing with grave offences against human dignity. The civil war in the south of the country that started in 1983, the longest conflict in Africa, has so far costed the lives of some two million people.[56] Nevertheless, it only appeared on the agenda of the Security Council once peace negotiations started between the government in Khartoum and the Sudanese People's Liberation Movement/Army. In January 2005, these negotiations culminated in a general peace agreement and a provisional national Constitution. Under Resolution 1547 (June 2004) the Council set up an advance team that led to the creation (with the consent of the Sudanese government) of the United Nations Mission in Sudan (UNMIS), to which was assigned certain powers under Chapter VII, including the power to protect civilians under imminent threat (S/Res 1590, March 2005). When the first resolution was adopted, the conflict in western Darfur, that had broken out in February 2003, had already led to the ICRC's largest operation. And yet it received only passing mention in the resolution, with the Council calling on the parties to come to a political agreement without delay.

Between that time and the end of 2006, the Security Council adopted 20 resolutions on Sudan, without achieving effective protection to the victims of violence in Darfur or preventing its effects from threatening neighbouring countries such as Chad and the Central African Republic. As early as its second resolution concerning Darfur, in July 2004, the Council set up an arms embargo under Chapter VII, prohibiting the supply of arms and war material to non-governmental entities and individuals who were fighting in the region, supported an African Union protection force (the future African Union Mission in Sudan, or AMIS – to which Khartoum consented) and demanded that the Sudanese government disarm a specific militia – the Janjaweed – and prosecute its members. Besides threatening other action, the Council asked the Secretary-General to submit regular reports on the situation in Darfur.[57] In its following resolution, also adopted under Chapter VII, the Security Council went into further detail in threatening sanctions against the Sudanese government and its members, issued various calls on humanitarian issues and set up an international commission of enquiry to examine grave breaches of human rights law and humanitarian law and to determine whether acts of genocide had been committed in Darfur.[58] On 29 March 2005, the Council finally extended the arms embargo to include the Sudanese government, and set up a Subsidiary Committee to monitor the embargo and to designate those individuals who were to be subject to sanctions.[59] Two days later, on the basis of the report submitted by the commission of enquiry, it referred "the situation in Darfur since 1 July 2002 to the Prosecutor of the International Criminal Court" and requested the full cooperation of the parties.[60]

The next relevant resolutions were only adopted one year later, after the Darfur peace agreement was signed on 5 May 2006. After calling a special session on Darfur (on 9 May), the Council, under Chapter VII, urged all parties to the agreement to implement it without delay and endorsed the African Union's proposal for a transition from AMIS to a UN operation (S/Res 1679, 16 May 2006). A mission was sent to Sudan and Chad in June.[61] As the peace agreement began showing serious deficiencies, the Council decided in August to create a strengthened UNMIS, under Chapter VII, to replace AMIS in Darfur. UNMIS would be mandated to support the peace process, protect UN personnel and installations, protect humanitarian organizations, prevent attacks on and threats to civilians and seize or collect arms or related material whose presence in Darfur was in violation of the peace agreements (S/Res 1706, 31 August 2006). Although it was not formally required, the resolution requested the consent of the Sudanese government for this expansion. The Sudanese government's repeated refusal prompted increasing international pressure on Khartoum, the extension of the mandate of AMIS and a tussle between the UN and Sudan as to whether the special representative of the Secretary-General was to remain or not. In December, the Sudanese government accepted a three-stage plan, the details of which are still under negotiation, under which the UN would support the African Union mission in Darfur, resulting in a "hybrid operation." However, there is as yet no lasting solution to the crisis.

FORMAL SYMBIOSIS

Despite the varying results of the Council's actions in the humanitarian domain, the prospect of symbiosis between international security and humanitarian action resulted in the emergence of new concepts during the 1990s. Although markedly imprecise, terms such as "human security," "the responsibility to protect" and "the protection of civilians in armed conflict" have become common in UN reports and documents, in political debate and in official declarations.[62] Even though, formally, we are still talking about *lege ferenda*, and not *lege lata*, these concepts combine principles and rules of humanitarian law, human rights and refugee law, with the aim to ensure respect for values seen as fundamental by the international community – such as human life and dignity – in the changing context of contemporary warfare.

Acting on the basis of past experience, the Security Council adopted three generic resolutions on the "protection of civilians in armed conflict."[63] Since Resolution 1265 (1999), the Security Council has called on the universal ratification of instruments in the field of international protection of individuals and has urged/demanded "all parties concerned to comply strictly with their obligations under international humanitarian, human rights and refugee law, in particular those contained in the Hague Conventions of 1899 and 1907 and in the Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols of 1977, as well as with the decisions of the Security Council." In Resolution 1296 (2006), the Security Council added that "systematic, flagrant and widespread violations of international humanitarian and human rights law in situations of armed conflict may constitute a threat to international peace and security," which could prompt the Council to take appropriate steps including, implicitly, the use of armed force. This was repeated in Resolution 1674 (2006), which also reaffirmed the conclusions of the World Summit held on the occasion of the 60th anniversary of the United Nations, in which the "responsibility to protect" was recognised. This responsibility, which is incumbent primarly upon each State, could lead to coercive action aimed at ensuring compliance with international norms for the protection of human beings:

> "we are prepared to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council, in accordance with the Charter, including Chapter VII, on a case-by-case basis and in cooperation with relevant regional organizations as appropriate, should peaceful means be inadequate and national authorities are manifestly failing to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity."[64]

Similarly, the Council has examined other issues related to *jus in bello* in a generic fashion, such as refugees,[65] the security of humanitarian personnel,[66] sexual violence and women's, journalists' and children's rights in situation of armed conflicts.[67] In Resolution 1612 (2005) in particular, the Council created a permanent supervision and reporting mechanism regarding the use of child soldiers and other abuses involving children in armed conflict. Despite being restricted to the situations that are on the Council's agenda, this mechanism does address a worrying trend in contemporary armed conflict,[68] and could serve as a model for other questions in the humanitarian domain.

A BULL IN A CHINA SHOP

While the Security Council's incursion into the field of the protection of individuals or groups could appear necessary – or even praiseworthy – the various measures and resolutions the Council has adopted are not above criticism. In addition to the dubious results concerning the protection of victims, it has led to concepts that are extremely imprecise in legal terms, whose relationship with other regimes for the protection of the victims of armed conflict is, to say the least, somewhat unclear. On the one hand, a decision by the Security Council can be a sign of cohesion on the part of the international community. For some, that can lend legitimacy to the application of pressure on the combatants with the aim of securing their cooperation and respect for the basic rules regarding the protection of the individual. On the other hand, one could question the adequacy of the Security Council to guarantee compliance with these values, as such a vision would make it the enforcer of humanitarian rules, taking no account of its political nature, its mandate or the effects that coercive measures could have in the humanitarian domain.

In 1945, the San Francisco Conference excluded all mention of international law from the organization's coercive mandate. The Council's powers under Chapter VII are not necessarily directed against violations of international legal obligations, so that they may be used against a State that has not breached international law, or may not be exercised in case of aggression, for instance.[69] The Council acts not as judge or jury, but

rather as a police officer. The aim of its actions is to end the threat (coercion) and not to punish the failure to comply with an international obligation (responsibility);[70] its procedures do not include any provisions regarding "due process of law" and its intergovernmental character makes it difficult for non-State actors to participate in its proceedings, whereas their consent may sometimes be as important as – or more important than – that of a central government.

The actions of the Council are based not on any competence regarding the rights of the individual, but on the maintenance of international peace and security, which is not the same as the defence of international public order. The right of veto, for instance, means that any breach committed by a permanent member of the Security Council – or by any of their strategic allies – will evade action under Chapter VII. Justice is at best partial. However, the biggest obstacle to accepting such a role for the Council lies in its discretion in deciding whether a threat to international peace and security actually exists.[71] While the conceptual framework adopted in recent years does seek to generate a consistent approach to grave humanitarian situations, the variable nature of the Council's commitment to the defence of collective interests contrasts with the humanitarian principle that suffering be alleviated wherever it may exist.

Indeed, the expectation of perfect symbiosis between the Security Council and humanitarian agencies is at odds with the distinction between *jus in bello* and *jus ad bellum*. The Council's mandate to maintain international peace requires debate on the respective causes of the belligerents, and can render irrelevant the question of their consent. As such, it is difficult to ensure compatibility between coercive steps taken by the Council – with the threat that failure to cooperate may lead to the use of armed force – and the fundamental principles of neutrality, impartiality and humanity that are inherent to humanitarian activity.[72] As has become apparent through the extensive debate on civil-military relationship in "complex situations," the fact that humanitarian agencies are perceived by the belligerents as independent and impartial in relation to the aims of the conflict continues to be essential. This limits the extent to which these agencies can call on armed forces for protection or support.[73]

The basis of humanitarian action is charity, not justice.[74] In order to ensure access to the victims of a conflict, humanitarian agencies avoid getting involved in legal questions related to *jus ad bellum*. During the Kosovo crisis in 1999, the Red Cross was able to operate in the Yugoslav zone, helping civilians affected by allied bombing and visiting NATO soldiers held prisoner in Belgrade.[75] Similarly, even if deployed according to the UN Charter, intervention against the will of the parties will not be seen as neutral and selfless, regardless of the motives that underlie it. If the situation deteriorates, this may lead almost inevitably to the use of armed force. As a result, any short-term benefit of intervention by the Security Council, such as action to protect the security of humanitarian personnel or to ensure the provision of assistance to victims, have to weigh up the effects – present and future – on the perception of the neutrality of humanitarian action.

The inherent bias in a coercive military action undermines the ability to asist all the victims – including the victims of the multilateral military operation. As the ICJ has already decided, the use of armed force cannot be considered an appropriate method of ensuring respect for the rules designed for the protection of the human person.[76] In addition to the risk of escalating a conflict, the possibility of military action may lead to an uncooperative attitude on the part of the State in which the violence is occurring, prompting the suspicion that "accepting humanitarian aid is the first step towards military intervention."[77]

CONCLUSIONS: AN IDENTITY CRISIS

In biology, there is no risk that the organisms involved in symbiosis may fuse to the point of merging their fields of activity. However, the search for symbiosis between the action of the Security Council and efforts to provide humanitarian protection do run the risk of blurring the fundamental distinction between the maintenance of international peace and security on the one hand, and the principles and rules that govern the conduct of hostilities on the other. This lack of a clear distinction between the two fields of action has negative conceptual and practical consequences for the protection of the victims of violence.

In conceptual terms, the distinction between *jus in bello* and *jus ad bellum*, the fruit of a gradual normative development, remains of utmost importance. From a humanitarian point of view, the causes of the conflict must continue to be relegated to second place, so that its consequences can be dealt with. Otherwise, there is a risk of politicizing humanitarian action and undermining its hard-won legitimacy.[78] The mandate of the Security Council, imprecise though it may be, delimits the conceptual domain in which it opera-

tes. Although it has dealt with such issues as the protection of civilians, giving priority to vulnerable groups and to the security of organizations that are bringing humanitarian assistance, the Council has taken no equivalent decisions on the methods of warfare, the treatment of persons detained in connection with the conflict or persons who are *hors combat*. While incursioning into the area of *jus in bello*, the Security Council has not been able to differentiate itself from its original *jus ad bellum* mandate and achieve the neutrality and impartiality that are inherent to humanitarian action.

The self-declared expansion of the Security Council's mandate echoes the conceptual limitations of the "just war" doctrine, whereby the treatment given to the enemy is - at best - dependent upon the clemency shown by the side fighting for the just cause, and not upon its legal obligations. The debates on the application of humanitarian norms to forces acting with the authorization of the Security Council reflect this conceptual ambiguity, with the risk of tolerating abuses committed by the force invested with formal multilateral legitimacy.[79] Unlike the classical "just war" theories, international rules for the protection of the individual are universal, and protect even the worst of enemies, such as those who commit genocide, acts of terror and war crimes.

In practical terms, the incursion of the Security Council into the humanitarian domain has increased the risk that warring factions will see humanitarian activity as favouring the enemy. The Council is a political body, and its acknowledged deficiencies in terms of representativity, openness, fairness and accountability reduce the legitimacy of its decisions. Simply adding humanitarian concerns to its mandate, in the hope that good intentions will demonstrate the impartiality of its discussions or the neutrality of the troops that act under its authorization, may not convince those groups that suffer its forcible measures. The omissions and inconsistencies in its action against grave breaches of *jus in bello* – which are largely due to its original *jus ad bellum* mandate – reduce the possible dissuasive effect of its coercive powers.

As a result, the actions of the Security Council in the humanitarian domain should be limited to persuading the parties to meet their international obligations, such as allowing neutral and impartial assistance to victims and ensuring the physical safety of humanitarian agencies. Such a role is compatible with consented military operations, that should not necessarily exclude some Chapter VII powers. Coercive measures may have a detrimental effect on efforts to protect the victims, such as limiting the extent to which personnel of the United Nations and its agencies can provide impartial assistance. Therefore, the independence of strictly humanitarian agencies acquires fundamental importance as a means of ensuring that no party to the conflict perceives them as a threat.

Rather than assuming functions proper to humanitarian agency, the Security Council should take determined action against threats to international peace and security, including preventive action that aims, whenever possible, to prevent violence from breaking out.[80] When an armed conflict occurs, the Council should use the full range of powers conferred upon it by the Charter to restore international peace, by facilitating dialogue between the belligerents, negotiating truces or supporting innovative solutions.

The question is not whether it is right to undertake military action in extreme cases. It may be necessary for the Security Council to use coercive armed force in cases of systematic, widespread violations of human rights and humanitarian law. In situations such as genocide or crimes against humanity, the neutrality and impartiality of *jus in bello* lose their meaning, as they run counter to the primary objective of protecting the victims of the conflict. One has to recognise that in such cases humanitarian action has reached its limits.[81] Such a decision must be taken in terms of *jus ad bellum:* political and military action aimed at dealing with the causes of the conflict, as opposed to humanitarian action – palliative by definition – aimed at dealing with its effects.[82] Above all, it is important to ensure that "humanitarianism" does not become an excuse for political inaction, because of the difficulty of resolving the underlying causes of the violence, to the detriment both of international peace and the declared objectives.

Summary

While the Security Council's incursion into the protection of individuals or groups could appear necessary – or even praiseworthy – it should be viewed with caution. The search for perfect complementarity between the powers of the Security Council and humanitarian action should not overlook the political nature of the Council, the omissions and inconsistencies in its decisions regarding grave offences against human dignity and the effects of coercive action – including armed force – on the provision of neutral and impartial assistance to the victims of an armed conflict.

NOTAS

1. Marco Sassòli, Antoine Bouvier, *How Does Law Protect in War? ICRC, Geneva, 1999, p. 85.* François Bugnion, "Just war, war of aggression and international humanitarian law," *International Review of the Red Cross (IRRC)*, Nº. 847, September 2002, pp. 523 546 (http://www.icrc.org/eng/review).
2. Homer, *Iliad*, Book XXIV, 50 54. English translation based on that by Richmond Lattimore In *Great Book of Western World,* Encyclopaedia Britannica, Chicago, 1990, p.291. See David Bederman, *International Law in Antiquity,* CUP, Cambridge, 2001, pp. 249 263.
3. The priests – who had both religious and secular characteristics – did not question the justice of the war. They merely supervised observance of the formalities, which changed as the Roman empire expanded. Celso de Albuquerque Mello, *Direitos Humanos e Conflitos Armados*, Renovar, Rio de Janeiro, 1997, pp. 78 ff. Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States,* Clarendon, Oxford, 1963, pp. 3 ff. Bederman, *op. cit.*, pp. 231 241.
4. Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, second part of the second part (Secunda Secundæ Partis), question 40 (emphasis original), translated by Fathers of the English Dominican Province, Revised by Daniel Sullivan, In *Great Books of Western World,* vol. 18, *op. cit.*, p. 578.
5. Francisco de Vitoria, *Relecciones del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra,* Relección Segunda, paras 13 and 20, Editorial Porrúa, Mexico City, 1974, pp. 82 85.
6. Francisco Suárez, *Selección de Defensio Fidei y Otras Obras,* Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1966, pp. 305 312.
7. Tony Allan (ed.), Poderes da Coroa, *História em Revista,* vol. 15, April, Rio de Janeiro, 1992, pp. 72 77. See Irène Herrmann, Daniel Palmieri, "The new conflicts: Back to the future?," *IRRC, Nº. 849, March 2003, pp. 23 44.*
8. Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, Book II, chapter XXV, para. VIII (1) (2), 1625, edited and with an introduction by Richard Tuck, from the edition by Jean Barbeyrac, Indianapolis, Liberty Fund, 2005, pp. 1159 and 1161 (http://oll.libertyfund.org/EBooks/Grotius_1032.02.pdf, visited 5 March 2007). The *Grand Dictionnaire Universel du XIXe Siècle*, by Pierre Larousse, explains the allusions made by Grotius: Busiris is a figure from Egyptian mythology, whose reign endured nine years of famine. A Cypriot fortune teller told him that the curse could be lifted only by making an annual sacrifice of a foreigner. Busiris started off by sacrificing the fortune teller, continuing with every foreigner who entered Egypt. Phalaris, born on Crete in the 6th Century BC, was the tyrant of Agrigento. An Athenian sculptor, Perillo, gave him a bronze bull inside which a man would fit to be roasted over a slow fire. Phalaris roasted the artist who had invented this torture and then numerous enemies. According to some versions, he met the same end as they did. Diomedes, king of Thrace, owned fierce fire breathing horses, fed on human flesh – especially that of any foreigner who fell into his hands. Hercules defeated him and fed him to his own horses.
9. Suárez, *op. cit.*, pp. 332 335, ICRC translation.
10. Thomas Franck, "Fairness in the international legal and institutional system," *Recueil des Cours (Collected Courses)*, Hague Academy of International Law, vol. 240 (1993 III), Martinus Nijhoff, The Hague, 1994, pp. 258 260.
11. Bugnion, *op. cit.*, p. 526.
12. Niccolò Machiavelli, *Il Principe, In Opere*, Riccardo Ricciardi, Milan, 1960, p. 84.
13. Balthazar Ayala, *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari*, Book III, Book I, chapter II, paras 33 35, translated by Pawley Bate, Carnegie Institution, Washington, 1912, vol. II, pp. 22 23. Regarding Gentili, *apud* Brownlie, *op. cit.*, pp. 11 12
14. Emmerich de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, Book II, chapter I, para. 7 (English translation: http://lonang.com/exlibris/vattel/vatt 201.htm, visited 5 March 2007).
15. Brownlie, *op. cit.*, p. 19. Christian Tomuschat, "International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century," *Recueil des Cours*, Hague Academy of International Law, vol. 281, 2001, p. 204.
16. Johann Caspar Bluntschli, *Le Droit International Codifié,* Guillaumin, Paris, 1895, p. 11, translated from the fifth edition of his *Das moderne Völkerrecht (1868)* (quotation: ICRC translation from Spanish).
17. Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, second edition, MRE, Rio de Janeiro, 1956, vol. III, p. 91 (quotation: ICRC translation from Spanish).

18. Vattel maintains that "The lawfulness of the end does not give us a real right to any thing further than barely the means necessary for the attainment of that end. Whatever we do beyond that, is reprobated by the law of nature, is faulty, and condemnable at the tribunal of conscience." *Op. cit.* Book III, chap. VIII, para. 137.
19. Preamble to the *Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight* (St Petersburg, 1868), preceded by the *Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field* (Geneva, 1864), (both http://www.icrc.org/ihl).
20. Robert Kolb, "Origin of the twin terms *jus ad bellum/jus in bello*," *IRRC*, Nº. 320, October 1997 (http://www.icrc.org/eng/review).
21. Brownlie, *op. cit.*, pp. 53 54.
22. Japan, China and the United States had ratified the Kellog Briand Pact, *idem*, pp. 410 423.
23. Articles 2(4) and 51 of the UN Charter, which render the "inherent right of individual or collective self defence" subordinate to the system of collective security under the Security Council.
24. Although *jus contra bellum* would be the most appropriate term, given the general prohibition on the use of force, this article will retain *jus ad bellum*, as the term is frequently used.
25. See Art. 53 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed., Clarendon, Oxford, 1998, p. 515. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon, Oxford, 1997, p. 78.
26. United Nations, *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace keeping*, A/47/277 S/24111, United Nations, New York,1992, para. 14). The system as created provided for military forces to be at the disposal of the Security Council if required. But as the agreements required under Art. 43 were never signed, it became UN practice since the beginning of the 1990's to authorize Member States that are "able and willing" to conduct military action, the legality of which will not be discussed in the present article.
27. Antônio A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2nd ed., Universidade de Brasília, Brasilia, 2003, pp. 340 ff. See United Nations, *Vienna Declaration and Programme of Action*, A/CONF.157/23, United Nations, New York, 12 July 1993.
28. *Apud* Hans Peter Gasser, "The United Nations and international humanitarian law: the International Committee of the Red Cross and the United Nations' involvement in the implementation of international humanitarian law," 1995, (http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JMUK, consulted 15 September 2003).
29. See similarities between the provisions of the 1977 *Protocol II Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non International Armed Conflicts* and Article 4 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (1966), which lists a number of human rights from which no derogation is possible.
30. ICJ, "Advisory opinion on the threat or use of nuclear weapons," ICJ Reports 1996, para. 79. According to the Institute of International Law, these standards constitute basic principles of international humanitarian law (see Annuaire, Berlin session, 1999, p. 392).
31. Resolution XXIII, adopted on 12 May 1968. 68 votes for, 2 abstentions, no votes against (http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/430?OpenDocument, visited 9 March 2007).
32. See *inter alia* A/Res 43/131 (1988), A/Res 45/100 (1990) and A/Res 46/182 (1991) on humanitarian assistance. René Kosirnik, "Books and reviews: 'Les Nations Unies et le droit international humanitaire/The United Nations and international humanitarian law'," *IRRC*. Nº. 323, June 1998, pp. 374 379 (www.icrc.org/eng/review).
33. United Nations, *Report of the Secretary General to the Security Council on the Protection of Civilians in Armed Conflict*, S/2001/331, United Nations, New York, 30 March 2001, p. 1. Similarly, at the end of the 1990s it was estimated that 90% of armed conflicts were occurring within States. United Nations, *Report of the Secretary General on the Work of the Organization*, A/54/1, United Nations, New York, 1999, p. 8 (http://www.un.org/Docs/SG/Report99/toc.htm).
34. United Nations, *Report of the Secretary General on the Protection of Civilians in Armed Conflict*, S/2005/740, United Nations, New York, 28 November 2005, pp. 1 and 2 (http://www.un.org/Docs/sc/sgrep05.htm).
35. See A/Res/46/182, 19 December 1991, and A/Res/47/120, 8 October 1993.
36. Alberto Amaral Júnior, *O Direito de Assistência Humanitária*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003. The Institute of International Law, at its Bruges session in 2003, took the view that "The victims of disaster [which may be due to violence

during international or internal armed conflict] are entitled to request and receive humanitarian assistance." Resolution II (1) (http://www.idiiil.org/idiE/resolutionsE/2003_bru_03_en.PDF, visited 9 March 2007).

37. United Nations, *Report of the Secretary General, Strengthening the Coordination of Emergency Humanitarian Assistance of the United Nations*, A/58/89 – E/2003/85, United Nations, New York, June 2003. See various situations mentioned in the speech to the Security Council of the Assistant Secretary General for Humanitarian Affairs, Jan Egeland, on the protection of civilians in armed conflict. 4 December 2006 (http://www.reliefweb.int, visited 5 December 2006).

38. See Articles 40, 48 and 54 of the International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, approved by the 6th Committee of the UN General Assembly in December 2001 (A/Res/56/83) and the comments thereto (http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r56.htm, visited 9 March 2007). James Crawford, *The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility*, CUP, Cambridge, 2002, pp. 178 186.

39. Article 1 common to the Geneva Conventions of 1949. Yves Sandoz, "'Droit' or 'devoir d'ingérence' and the right to assistance: the issues involved," *IRRC*, Nº. 288, June 1992 (http://www.icrc.org/eng/review, visited 9 March 2007). Antonio Cassese, *International Law*, OUP, Oxford, 2001, p. 17.

40. Marco Sassòli, "State responsibility for violations of international humanitarian law," *IRRC*, Nº. 846, June 2002. See Crawford, *op. cit.* and the debates in the International Law Commission regarding the fragmentation of international law (http://www.un.org/law/ilc/index.htm).

41. Although the Charter is an instrument binding on States, the practice of the Security Council recognises the relationship between the actions of non State actors, such as rebel forces and terrorist groups – and threats to international peace and security, e.g. in the case of UNITA (S/Res 1127 (1997)), Al Qaeda and members of the Taliban (S/Res 1267 (1999)). See Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: a Commentary*, second edition, OUP, Oxford, 2002, pp. 714 716.

42. Laurence Boisson de Chazournes, Luigi Condorelli, "Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests," *IRRC*, Nº. 837, March 2000 (http://www.icrc.org/eng/review). Giorgio Gaja, "Jus cogens beyond the Vienna Convention," *Recueil des Cours*, Hague Academy of International Law, vol. 172, 1982, p. 299.

43. The preparatory work leading up to the Charter shows that the lack of precision in the expression "threat to international peace and security" was deliberate. As a reaction to the supposed legalism of the League of Nations, the drafters decided to grant the Council a certain degree of leeway in deciding what constituted a threat to international peace, avoiding tight restrictions regarding the decision as to when to act. Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, Frederick Praeger, New York, 1951, p. 727.

44. The Council took no action. Later, the General Assembly adopted a (recommendatory) resolution on the question. Aznar Gomes, "A decade of human rights protection by the UN Security Council," *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 13, Nº. 1, 2002, p. 225.

45. See S/Res 1430 (2002) on Eritrea/Ethiopia, S/Res 1524 (2004) and 1716 (2006), on Georgia and S/Res 1634 (2005), on Western Sahara.

46. The results of the various sanction regimes imposed are a matter of debate. The impact of comprehensive sanctions on the civilian population has led the Council to allow exceptions on humanitarian grounds or to look for alternative approaches, such as targeted sanctions. While certain sanctions against belligerant leaders, when applied, can delegitimize them internationally, they may not necessarily achieve the objective of moderating their followers' conduct. An effective arms embargo, however, does seem to promote both respect for the rules of humanity and the maintenance of security in the territory concerned. Examples include the sanctions imposed on Somalia (S/Res 751 (1992)), Sierra Leone (S/Res 1132 (1997) and S/Res 1171 (1998)) and Côte d'Ivoire (S/Res 1572 (2004)).

47. Authorization for armed intervention is generally based on a number of factors, such as the existence of a humanitarian crisis, the flow of refugees, the breakdown of democratic rule, the effects of an internal conflict on regional stability, etc. See Simon Chesterman, *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, OUP, Oxford, 2001, pp. 112 162.

48. S/Res 819 (1993). The measures adopted by the Council failed to prevent one of the "darkest pages of human history" in July 1995, when Srebrenica – one of six safe areas set up by the UN in Bosnia Herzegovina – fell to Serbian forces, with the rules of engagement for the

peacekeeping forces preventing decisive action on the part of the international community. Some 20,000 people were killed, the majority of them members of the Bosnian Moslem community. United Nations, *The Fall of Srebrenica*, A/54/549, United Nations, New York, 15 November 1999, paras 2, 3, 468 and 495.

49. S/Res 827 (1993), S/Res 955 (1994) and S/1315 (2000), respectively. The Special Tribunal for Sierra Leone was set up under an agreement with the government of Sierra Leone, in accordance with Resolution 1315 (2000). In the other two cases, in addition to questions regarding the selectivity and competence of the Council, the existence of a threat to peace has not been established beyond all doubt. In the case of Rwanda, the internal conflict was already over when the tribunal was set up. Arguments regarding the legality of the tribunal for the former Yugoslavia were presented, unsuccessfully, as preliminary objections in the Tadic case.
50. UNOMIK (Kosovo), S/Res 1244 (1999); UNMIL (Liberia), S/Res 1509 (2003); UNOCI (Côte d'Ivoire), S/Res 1528 (2004) and S/Res 1609 (2005); ONUB (Burundi), S/Res 1545 (2004); MONUC (Congo), S/Res 1565 (2004); UNOFIL (Lebanon), S/Res 1701 (2006); UNMIT (Timor Leste), S/Res 1704 (2006).
51. UNOMIK (Kosovo), S/Res 1244 (1999); ONUB (Burundi), S/Res 1545 (2004); MONUC (Congo), S/Res 1565 (2004); UNOFIL (Lebanon), S/Res 1701 (2006).
52. MONUC (Congo), S/Res 1291 (2000); UNMEE (Ethiopia/Eritrea), S/Res 1320 (2000) and S/Res 1430 (2002).
53. MINURSO (Western Sahara), S/Res 690 (1991); MONUC (Congo), S/Res 1291 (2000).
54. UNMIL (Liberia), S/Res 1509 (2003); UNOCI (Côte d'Ivoire), S/Res 1528 (2004) and S/Res 1609 (2005); MINUSTAH (Haiti), S/Res 1542 (2004); ONUB (Burundi), S/Res 1545 (2004); MONUC (Congo), S/Res 1565 (2004).
55. UNMIL (Liberia), S/Res 1638 (2005). Although it has not been explicitly revoked, this mandate lost its *raison d'être* when former president Charles Taylor was arrested in March 2006, with the intention of bringing him before the Special Tribunal for Sierra Leone. In turn, S/Res 1688 (2006), adopted under Chapter VII, opened the way for his transfer to stand trial in The Hague for security reasons.
56. United Nations, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Sudan (Ms Sima Samar)*, E/CN.4/2006/111, United Nations, New York, 11 January 2006, p. 14.
57. S/Res 1556, 30 July 2004.
58. S/Res 1564, 18 September 2004. Despite the binding nature of the Council's decision, the commission obtained the cooperation of the Sudanese government. The Council set up similar commissions on other occasions, such as in Rwanda, when the crisis was almost over (S/Res 935, July 1994), but has not yet resorted to the International Fact Finding Commission (Protocol I, Art. 90), which has expressed its predisposition to act in non international armed conflicts.
59. S/Res 1591, 29 March 2005. In October 2006, the Panel reported that "blatant violations of the arms embargo by all parties operating in Darfur continue unabated." It also reported that the Sudanese government had not applied the financial and travel sanctions against the four persons named by the Council in Resolution 1672 (April 2006), one of whom was a Sudanese general (UN Doc S/2006/795).
60. S/Res 1593, 31 March 2005. The Commission concluded that although the violence did not amount to genocide, the government and militias were responsible for acts that could constitute war crimes and crimes against humanity. Among other measures, it recommended that the case be referred to the ICC, under Art. 13(b) of the Rome Statute, with a sealed list of 51 possible defendants (UN Doc S/2005/60). Although the prosecutor did not conduct direct investigations in Darfur at the time, because of security risks to victims, witnesses and officials, it was possible to proceed with the investigation, with the aim of presenting an initial case for judicial assessment by the end of February 2007. See International Criminal Court, *Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005)* (http://www.icc cpi.int, visited January 2007).
61. United Nations, *Report of the Security Council Mission to the Sudan and Chad*, S/2006/433, United Nations, New York, 4 10 June 2006.
62. Among the enormous number of references to these concepts by NGOs, governments and international organizations, one could cite the UN Secretary General's report entitled *We the Peoples: the Role of the United Nations in the 21st Century*, A/54/2000, United Nations, New York, 2000; ICSS, *The Responsibility to Protect*, ICISS, Ottawa, 2001 and *Human Se-*

curity Now: Protecting and Empowering People (http://www.humansecurity chs.org).

63. According to OCHA, this is "an umbrella concept of humanitarian policies that brings together protection elements from a number of fields, including international humanitarian and human rights law, military and security sectors, and humanitarian assistance." OCHA On Line, *Institutional History of Protection of Civilians in Armed Conflict,* (http://ochaonline.un.org, visited 30 September 2006).
64. United Nations, A/Res 60/1, plus final document of the 2005 World Summit, paras 138 and 139.
65. S/Res 1208 (1998).
66. S/Res 1502 (2003).
67. S/Res 1325 (2000), for women's rights; S/Res 1738 (2006), for the rights of journalists, and *inter alia* S/Res 1661 (1999), S/Res 1314 (2000) and S/Res 1460 (2003), for the rights of children in armed conflict.
68. It is estimated that child soldiers are used in approximately 75% of today's armed conflicts. United Nations, *Report of the Secretary General on the Protection of Civilians in Armed Conflict*, S/2005/740, United Nations, New York, 28 November 2005, p. 2 (http://www.un.org/Docs/sc/sgrep05.htm).
69. Kelsen, *op. cit.*, p. 730. Simma, *op. cit.*, pp. 705 706.
70. Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How we Use it*, Clarendon, Oxford, 2001, pp. 166 168.
71. Pierre Marie Dupuy, "A general stocktaking of the connections between the multilateral dimension of obligations and codification of the law of responsibility," *EJIL*, vol. 13, Nº. 5, 2002, p. 1068. Pierre Klein, "Responsibility for serious breaches of obligations deriving from peremptory norms of international law and United Nations law," *EJIL*, vol. 13, Nº. 5, 1999.
72. Regarding the principles of humanitarian law, see ICJ, "Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (*Nicaragua* v. *United States of America*)," *ICJ Reports*, 1986, merits, para. 218 and "Legality of the threat or use of nuclear weapons, advisory opinion," *ICJ Reports*, 1996, para. 78.
73. See *Guidelines on the Use of Military and Civil Defence Assets to Support United Nations Humanitarian Activities in Complex Emergencies (MCDA Guidelines)*, March 2003, and *Civil Military Relationship in Complex Emergencies*, June 2004 (https://www.ochaonline.un.org).
74. According to Jean Pictet: "One cannot be at one and the same time the champion of justice and charity. One must choose, and the ICRC has long since chosen to be the defender of charity." *Apud* Boven, "Some Reflections on the Principle of Neutrality," in Christophe Swinarski, *Études et Essais sur le Droit International Humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'Honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Geneva/The Hague, 1984, p. 647.
75. At the end of March 1999, the ICRC was forced to withdraw from Kosovo for security reasons. However, because the organization was seen as neutral, it was able to resume work three weeks before the end of the conflict. Pierre Krähenbühl, "Conflict in the Balkans: Human tragedies and the challenge to independent humanitarian action," *IRRC*, Nº. 837, March 2000 (http://www.icrc.org/eng/review).
76. ICJ, "Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (*Nicaragua* v. *United States of America*)," *ICJ Reports*, 1986, merits, para. 268.
77. United Nations, *Opening remarks by the Secretary General to an International Peace Academy Symposium on Humanitarian Action*, United Nations, Press Release SG/SM/7632, November 2000.
78. Krähenbühl, *op. cit.*, p. 18. Anne Ryniker, "The ICRC's position on 'humanitarian intervention'," *IRRC*, Nº. 842, June 2001 (www.icrc.org/eng/review).
79. See "Application of international humanitarian law and international human rights law to UN mandated forces: Report on the expert meeting on multinational peace operations," *IRRC*, Nº. 853, March 2004 (www.icrc.org/eng/review).
80. See United Nations, *Progress Report on the Prevention of Armed Conflict*, A/60/891, United Nations, New York, 18 July 2006.
81. United Nations, *"There Can be no Neutrality in the Face of Genocide." Report of the Independent Inquiry into the Actions of the UN during the 1994 Genocide in Rwanda*, S/1999/1257, United Nations, New York, p. 33. See Boven, *op. cit.*, pp. 648 ff. André Pasquier, "Humanitarian action: constructing legitimacy," *IRRC*, Nº. 842, June 2001 (www.icrc.org/eng/review).
82. Sandoz, *op. cit.* See Jakob Kellenberger, *Protection of Civilians in Armed Conflict, Statement of the President of the ICRC to the UN Security Council*, 19 April 2000 (http://www.icrc.org, visited 29 September 2003). Viotti, Aurélio. *Ações Humanitárias pelo Conselho de Segurança: entre a Cruz Vermelha e Clausewitz,* Funag, Brasília, 2005.

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

César Barros Leal
Procurador do Estado do Ceará; Pós-doutor em Estudos Latino-americanos (Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da Universidade Nacional Autônoma do México); Doutor em Direito com menção honorífica pela UNAM; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

> "Há em nossa sociedade uma classe desvalida, necessitada, pobre e abandonada. Esta classe está nas entranhas de nossa sociedade, é a classe mais numerosa, é nosso povo, é nossa sociedade mesma: compõe-se de todos aqueles infelizes que, não tendo tido a sorte de herdar um patrimônio, nem a fortuna de adquirir educação, se encontram submissos na ignorância e na miséria, se vêem desnudos e famintos, por todas as partes humilhados; em todas as partes oprimidos. Sobre esta classe recai comumente não só o peso e rigor das leis senão também, e isto é mais terrível, a arbitrariedade e injustiça de muitas autoridades e de muitos dos agentes policiais."
>
> **Ponciano Arriaga**

1. CONSIDERAÇÕES PRIMEIRAS

Não me incluo entre os que proclamam com orgulho: sou defensor público. Mas lhes confesso e a seu Padroeiro Santo Ivo, entre as paredes deste belo auditório que hão de guardar nosso segredo a vozes, que a figura do defensor público sempre foi objeto de meu mais acendrado respeito, tanto mais porque, desde quando escancarei os olhos para as iniqüidades de um mundo perverso onde me coube nascer e viver, esta tem exercido sobre mim um enorme fascínio, o que atribuo não apenas à sua missão constitucional de assegurar aos que comprovarem insuficiência de recursos, o acesso à Justiça (incluída a Justiça social, pilar da cidadania, erigida como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos[1]), um mister que se agiganta num país de analfabetos, no qual midiaticamente se nutre sob a capa do assistencialismo uma infame exclusão sócio-econômica, senão também ao fato de que nunca deixou de ressoar nos tímpanos de minha memória, como um chamamento à consciência e à luta, a advertência de Ovídio, tão incômoda quanto intensamente desafiante, de que o tribunal está fechado para os pobres.

Nesta estação de tempo em que se busca, a duras penas, estruturar e aprimorar a defensoria pública da União e de numerosas entidades federativas, fortalecendo-a como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, em harmonia com o art. 134 da Carta Cidadã, impõe-se disseminar, em todos os segmentos da sociedade, a consciência de que uma Defensoria enfraquecida repercute necessariamente na aplicação claudicante das leis, na fragilização das instituições, no declínio dos indicadores sociais, no menoscabo aos direitos fundamentais dos cidadãos e na conseqüente vulneração do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Valorizar a Defensoria Pública, outorgando-lhe efetiva autonomia funcional, administrativa e financeira, reconhecida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, alçando-a ao patamar do Ministério Público e da Magistratura (instituições com as quais forma um triângulo eqüilátero, em expressão de Amélia Soares da Rocha[2]), reconhecendo sua importância num agrupamento de prioridades que abarque por igual a segurança, a saúde e a educação, constitui um dever impostergável de todo governante que se insurge contra as desigualdades e persiga, compromissado com os objetivos maiores do Estado Brasileiro, o bem-estar de todos e o desenvolvimento humano e social, pautando suas políticas públicas pela promoção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A não ser assim, ter-se-á tão-somente o discurso supérfluo dos que, em sua acentuada miopia intelectual, são incapazes de perceber o alcance de uma assistência jurídica integral e gratuita, prestada judicial e extrajudicialmente, tal como o define a Lei Maior, a milhões de pessoas necessitadas, sem acesso à generalidade dos bens e dos serviços básicos para uma vida decente, que carregam

consigo como um estigma, um ferrete, o labéu da hipossuficiência, do baixo nível de instrução, da míngua de perspectivas de ascensão social, e para as quais a plena igualdade de direitos, bem como o princípio da dignidade humana, fundamento esta da própria república federativa, são postulados de uma utopia que se pretende seja real.

Nobres os que, no exercício quixotesco de sua função, malgrado a ausência de condições, a mesquinhez de vencimentos, a insuficiência de servidores (e aqui me permito objetar, toda excepcionalidade guardada, a contratação nestas circunstâncias de advogados privados), armam-se da "serena coragem" de que nos fala a Oração do Defensor, da autoria de Paraguassú Eleres, e assumem com a obstinação dos justos e a rebeldia dos insubmissos a responsabilidade de universalizar, efetivar e cotidianizar os direitos e garantias individuais, melhorar os índices de desenvolvimento social, levar a cabo programas de educação em direitos humanos, expandindo uma atenção otimizada aos que dela dependem cabalmente e a encaram, por isso mesmo, como derradeira instância de defesa e asseguramento da cidadania, confiando em sua aptidão para lhes tornar acessível a Justiça e salvar as barreiras dominantes, erguidas pela potestade e pela prepotência dos mais fortes.

Evoco neste instante as palavras de Cinthia Robert e Elida Seguin, em seu livro *Direitos Humanos, Acesso à Justiça: Um Olhar da Defensoria Pública*:

> "Na luta pela defesa do Homem algumas Instituições são representativas do patamar de desenvolvimento alcançado. Entre essas, a Defensoria Pública exsurge como um marco da possibilidade de ser garantido ao pobre o Acesso à Justiça e à busca por uma prestação jurisdicional isonômica. O princípio da igualdade entre as partes é densificado pela atuação institucional, fazendo com que uma pessoa não dependa de sua fortuna para ter seus direitos reconhecidos e que se deixe de fazer Justiça em virtude da pobreza do titular do direito."[3]

2. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Louve-se nossa Constituição Federal que, ao instituir o direito fundamental à assistência jurídica, colheu inspiração no Direito Internacional dos Direitos Humanos, mais precisamente nos instrumentos universais de proteção desses direitos, entre os quais sobrelevam a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Pactos Internacionais de Direitos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (o Pacto de San José), em cujos enunciados se funda o ideal da acessibilidade da Justiça, extensivo a todas as pessoas, indistintamente, em particular às que carecem de meios para contratar um advogado particular e de assumir os gastos de um processo, sem prejuízo para sua subsistência e de sua família, mas confiam na disposição do Estado de lhes prover uma atenção apropriada, no contexto da ampla defesa e do devido processo legal, até o último grau de recurso, impedindo que o catálogo de direitos repouse no panteão das letras mortas, fazendo, ao revés, vivente o direito vigente.

Em boa hora transcrevo o voto exarado pelo Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, relativo à Sentença de 2 de setembro de 2004, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Instituto de Reeducação do Menor *versus* Paraguai:

> "A Corte Interamericana reconheceu a importância do direito de acesso à justiça; tanto é assim que, desde sua Sentença de 03.11.1997 (parágrafo 82), no caso *Castillo Páez versus Peru*, até a presente data, reiteradas vezes assinalou que o direito de toda pessoa de acesso a um recurso simples e rápido ou efetivo perante juízes ou tribunais competentes que a amparem em seus direitos fundamentais (art. 25 da Convenção) 'constitui um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, senão do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção'."

3. A DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO PRISIONAL

Conquanto seja diversificada a função do defensor público (na área de família, da infância e da juventude, dos direitos do consumidor, da execução criminal, bem como no cível, na fazenda pública, em acidentes de trabalho e na previdência e assistência social), onde mais se divisa a necessariedade de sua atuação é na ambiência do cárcere, este território de ninguém, esquecido pelos homens, desaguadouro dos males da justiça criminal, habitado em sua maior parte pelos despossuídos, pelos miseráveis, pelos "pobres dos pobres, o que abona a imagem de uma *Justiça para marginalizados* e traz à memória o poeta argentino José Hernández, em sua obra prima *El Gaucho Martín Fierro* ('Para ele são os calabouços, / Para ele as duras prisões; / Em sua boca não há razões /Embora a razão lhe sobre; / Que são sinos de pau / As razões dos pobres'), reforçando o apotegma citado por Alejandro H. Bringas e Luis F. Roldán

Quiñones: 'No cárcere se castiga a pobreza, não o delito.'"[4] Para eles, "...os filhos de ninguém, os donos de nada", de que nos fala Eduardo Galeano em *El Libro de los Abrazos*),[5] muitos deles autores de fatos delitivos cometidos em flagrância, alguns de bagatela," o defensor público é o guardião que lhes oportuniza acessar os benefícios da lei e afiançar a igualdade processual (*equality of arms*) no itinerário da execução.

A defesa dos cativos colide, porém, com a insuficiência desses profissionais, que, faltos de recursos (estruturais e materiais), são de regra impotentes para atenderem adequadamente, como a consciência e o padrão elevado de profissionalismo lhes ditam, a uma demanda cada vez mais crescente.

Alhures, discorrendo sobre a imprescindibilidade dos defensores públicos, transmudados em agentes transformadores da sociedade,[6] mensageiros da eqüidade e da esperança, aos quais impende abrir o tribunal aos pobres, na dicção de José Afonso da Silva,[7] aduzi que "Sua ingente tarefa é defender zelosamente os presos, com fundamento no axioma de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário as lesões ou ameaças ao direito e que todos os seres humanos, sem distinção, com assento no princípio constitucional da igualdade, devem ser respeitados e viver ao abrigo do Estado."[8]

O Dr. Sergio García Ramírez, em voto concordante à Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Medidas Provisórias no caso do Cárcere de Urso Branco, de Porto Velho, Rondônia, datada de 7 de julho de 2004, advertiu:

> "Está pendente, em termos gerais, uma imensa obra reivindicadora dos direitos humanos nestas instituições, praticamente aonde quer que se vá. Esta situação não somente milita contra direitos fundamentais senão põe em cheque a Justiça penal em seu conjunto, uma de cujas expressões mais dramáticas – não a única, evidentemente – é a privação de liberdade. Esta coloca a quem a padece a mercê das circunstâncias, que podem chegar a ser anárquicas, se não intervier o Estado para impedi-lo e organizar a vida em reclusão. O discurso e as normas penitenciárias se chocam brutalmente com a realidade de muitas de nossas prisões. Isto deve mudar, logo e profundamente."

Ao defensor público, indo além de sua função meramente jurisdicional, incumbe cobrar do Estado as medidas necessárias para que este adeque as condições do encerro aos *standards* sobre a matéria referidos pelas Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos e outros documentos de defesa dos direitos humanos, de caráter e relevância universais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aos que comparecem a este Congresso, vindos de diferentes regiões do país, relembro a lição do bretão Santo Ivo: "Jura-me que sua causa é justa e eu a defenderei gratuitamente." Em seu talento, em sua combatividade na luta pelo Direito, na "retidão de sua consciência, muito mais importante do que o tesouro do conhecimento",[9] em sua crença na corporificação dos sonhos, reside a razão do triunfo da dignidade sobre a ignomínia e o segredo das transformações que hão de sepultar as injustiças do presente. Para isso se faz preciso ter esperança num amanhã menos desonroso, aquela esperança, em palavras de Schiller, cujo "brilho mágico entusiasma os mais moços e não é enterrada com o ancião, pois este, quando extenuado encerra o curso da vida, ainda a planta sobre o túmulo."

A vocês, sobretudo recém ingressos nesta fascinante carreira, endereço as palavras de Julio Hernández Plieto, em "Cartas a un Joven Defensor de Oficio":

> "A defesa dos pobres implica o privilégio de abraçar uma cruzada constante contra as travas e iniqüidades que se opõem à Justiça, em desfavor dos menos favorecidos, e de privilegiar, ao mesmo tempo, nossa classe profissional em sua transcendência histórica, a tal grau que se houvesse outra vida, sem dúvida ter-se-ia que vivê-la como advogado lutando por esses propósitos, e quando nosso filho, parafraseando Couture, nos peça conselho acerca de seu futuro, será uma honra – estou seguro disso –sugerir-lhe que exerça a defensoria pública…"[10]

Senhoras e senhores. À prestação jurisdicional (a que muitos pretendem equivocadamente restringir a ação da defensoria pública) se soma, a bom juízo, a efetividade de uma defesa bem mais ampla que abarque, sob o signo da solidariedade, a promoção da justiça social. Não é suficiente apenas afirmar que a instituição, olhos e ouvidos dos excluídos, é um instrumento de efetivação de seus direitos humanos; é preciso avançar – este é o grande desafio, máxime das novas gerações – e diminuir o descompasso existente entre o Brasil legal e o Brasil real, entre os ideais da democracia e da paz social e a realidade de milhões de brasileiros que aspiram a uma cidadania plena.

NOTAS

1. A esse respeito: "O que se busca com a atuação dessas instituições é a realização da Justiça, tomado esse termo não apenas no sentido de Justiça de estrita legalidade, de Justiça jurisdicional, mas de Justiça abrangente da eqüidade, da legitimidade, da moralidade." (FERREIRA, Sérgio D'Andrea, in NEDER, Suely Pletz. *Defensoria Pública - Instituição Essencial ao Exercício da Função Jurisdicional pelo Estado e à Justiça*. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2002).
2. ROCHA, Amélia Soares da. Defensoria Pública e Transformação Social. *Revista Pensar*, v. 10, n. 10, pp. 1-5, fev. 2005, Fortaleza.
3. ROBERT, Cinthia e SEGUIN, Elida. *Direitos Humanos, Acesso à Justiça: Um Olhar da Defensoria Pública.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 8. Leia-se também esta citação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "*Sem Defensoria Pública*, parcela substancial, quiçá majoritária da sociedade estaria condenada à mais execrável sorte de marginalização, além das que já sofrem, a econômica e social: a marginalização política. *Condenados, os necessitados a serem cidadãos de segunda classe,* perpetra-se o mais hediondo dos atentados aos direitos, liberdades e garantias constitucionais, impossibilitando que na sociedade brasileira se realize o Estado de Direito - *pela ilegalidade sem sanção, se afirme o Estado Democrático - pela cidadania sem ação; e se caminhe para o Estado de Justiça - pela imoralidade sem oposição*" (grifos nossos). (Idem, p. 204)
4. BARROS LEAL, César. *A Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: Viagem Pelos Caminhos da Dor*. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 160-161.
5. Idem, p. 236.
6. Dos mesmos autores: "Os Defensores Públicos, além de Operadores do direito, por terem oportunidade de lidar com uma camada mais desprotegida e desinformada da população, são também agentes de mudança, atuando numa educação informal do povo para conscientizá-lo da cidadania que possuem. Ao informar a parte de seu direito o Defensor Público faz mais do que apenas defender um direito subjetivo, ele muda paulatinamente uma consciência social." (Idem, p. 225)
7. Leia-se: "Quem sabe se fica revogada, no Brasil, a persistente frase de Ovídio: *Cura pauperibus clausa est*. Ou as Defensorias Públicas federal e estaduais serão mais uma instituição falha? Cabe aos Defensores Públicos abrir os tribunais aos pobres, é uma missão tão extraordinariamente grande que, por si, será uma revolução, mas, também se não cumprida convenientemente será um aguilhão na honra dos que a receberam e, porventura, não a sustentaram." (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 588)
8. BARROS LEAL, César, Op. cit., p. 219.
9 Osorio y Gallardo, citado por DÍAZ, Herminio Huerta, em "Cartas a un Joven Defensor Público." Publicação da Suprema Corte de Justiça, México, 2001, p. 79.
10. Idem, p. 279.

* Exposição feita no VII Congresso Nacional de Defensores Públicos em Cuiabá, Mato Grosso, em 30 de outubro de 2008.

DERECHOS HUMANOS Y DISCRIMINACIÓN RACIAL: UNA NUEVA MIRADA HACIA LA MULTICULTURALIDAD

Djason B. Della Cunha
Doctor en Derecho Público;
Profesor de Filosofía Jurídica y Sociología
Jurídica de la Universidad Potiguar – UnP - Brasil

INTRODUCCIÓN

El siglo XX ha aportado al panorama internacional un importante debate sobre el origen cultural de los derechos humanos. En general, se ha considerado que su raíz tiene origen en la cultura occidental moderna, aunque existan otras posturas sobre la cuestión. Algunas, por ejemplo, han afirmado que todas las culturas, de una forma o de otra, hacen referencia a visiones sobre la dignidad humana que se expresa en forma de derechos humanos. Otras, de modo contrario, defienden que ni la idea ni el concepto de derechos humanos fueron creados por el Occidente, cabiendo tan solamente a éste la sistematización de dichos derechos a través de una progresiva discusión y del proyecto de una filosofía de los derechos humanos.[1]

Sin embargo, entre estas dos posturas extremas hay una gama de posiciones intermediarias que apuntan hacia el reconocimiento de características regionales que valoran en mayor o menor grado el aspecto cultural y conceden mayor importancia a determinados derechos de acuerdo con cada trayectoria histórica.

Es así, por ejemplo, que vamos a observar una regionalización de los derechos humanos que se manifiesta a través de un proceso de institucionalización de organismos regionales de tutela de los derechos tanto en el caso de Europa como en América Latina, África y en forma embrionaria también en Asia. En este sentido, algunas organizaciones regionales defienden la exigencia de un reconocimiento recíproco de la regionalización cultural de los derechos humanos. Como, por ejemplo, la Organización para la Unidad Africana (1981), que proclama la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y que, además de incorporar principios originarios de la Declaración Universal de 1948, incluye otros que fueron negados en África como el derecho a la libre determinación o el deber de los Estados de eliminar todas las modalidades de explotación económica extranjera. Posteriormente, los Estados Africanos que han firmado el pacto de la Declaración de Túnez (1993) defienden la no subsunción a un modelo de carácter universal, una vez que las realidades históricas y culturales de cada nación no debían ser ignoradas, particularmente las tradiciones, normas y valores de cada pueblo. De igual modo se ha posicionado la Declaración de Bangkok (1993), anunciada por países asiáticos, y la Declaración del Cairo Sobre los Derechos Humanos en el Islam, firmada por la Organización de la Conferencia Islámica (1990). Paradójicamente, el bloque occidental movido por una visión capitalista de los derechos humanos, centrada en los derechos civiles y políticos, iría a oponerse, en el seno de las Naciones Unidas, durante la Guerra Fría, a la visión del bloque socialista que defendía prioritariamente los derechos económicos, sociales y culturales y la satisfacción de las necesidades humanas.

El hecho, con todo, es que, aun admitiendo la procedencia de esa controversia acerca de los derechos humanos, que ha nutrido el embate entre teorías universalistas y teorías del relativismo cultural (éstas afirman la validez de todos los sistemas culturales y la imposibilidad de cualquier valoración absoluta de los derechos humanos), es notablemente en la cultura Occidental que la cuestión de los derechos humanos ha asumido foro de discusión privilegiada y posición de alcance político y jurídico.

Pero, si por un lado, la discusión de los derechos humanos, en el ámbito de los sistemas constitucionales democráticos, moviliza toda una pragmática judicante en el sentido de elevar estos derechos al reconocimiento de una protección jurídica global, o sea, del reconocimiento y garantía de los derechos humanos proclamados como universales, por otro lado, hay un espacio mal diseñado en cuanto a las acciones afirmativas que establezcan una indiferenciación de las desigualdades en el ámbito de la exigencia del reconocimiento de la multiculturalidad.

Uno de los aspectos más importantes del análisis sobre la multiculturalidad es el que se refiere a la valorización de otras culturas, en particular, de aquellas juzgadas apartadas del modelo y de las referencias occidentales. Eso significa decir que esta incapacidad de reconocer en lo "diferente" algunos elementos de valía está asociada a una visión ignorante autoreferente, fundamentada en una mentalidad eurocéntrica de la historia de la humanidad. El discurso eurocéntrico, amén de adoptar una visión histórica linear que tiene inicio en la Grecia Clásica (idealizada como referencia civilizatoria, occidental y demócrata), incursionada por Roma Imperial, hasta llegar a las capitales metropolitanas europeas y a los Estados Unidos de América, proyecta la idea de que Europa, de manera independiente y sin ayuda, fue capaz de forjar el proceso histórico del progreso: inventó el feudalismo, la sociedad de clases, el liberalismo, el capitalismo, la revolución industrial, la globalización y el neoliberalismo.

En ese orden de ideas el eurocentrismo adopta una actitud ignorante cuando trata de las tradiciones culturales no europeas y proyecta una acción de prácticas opresoras consideradas catalizadoras y fundamentales al crecimiento del poder desproporcional del Occidente: colonialismo, comercio de esclavos, imperialismo y apropiación indebida de la producción material y cultural de pueblos no europeos.

Es, exactamente, en el contexto de esa actitud de ignorancia al tratar de lo "diferente" y, por tanto, del rechazo al multiculturalismo por parte del eurocentrismo en su expansión colonialista y, después, imperialista, que se plantea el problema de la discriminación racial.

1. LA POLISEMIA DEL TÉRMINO MULTICULTURALISMO

El multiculturalismo es un término que ha suscitado a lo largo del siglo XX diversas interpretaciones. Algunas veces sirve para designar la coexistencia y cohesión social de diferentes culturas (grupos étnicos, religiosos, etc.) en el seno de un mismo país. Tomado aquí el concepto de cohesión social como el nivel de consenso de los miembros de un grupo social en convivencia de pertenencia a un proyecto o situación común.

Por otro lado, puede también designar diferentes políticas voluntaristas en la medida en que consagran posiciones antidiscriminatorias (asegurar un estatuto social de igualdad a los miembros de culturas diversas), identitarias (favorecer la expresión de las particularidades de diversas culturas) y comunitarias (permitir la existencia de estatutos legales y administrativos específicos para los miembros de tal o cual comunidad cultural).

A veces, el adjetivo multicultural parece hacer alusión a las formas que las diferentes culturas presentan para resolver las necesidades individuales similares, una vez que deberían ser dotadas de las mismas condiciones y posibilidades con miras a desarrollar sus potencialidades social, económica y política, sin negligencia de sus tradiciones étnicas, religiosas o ideológicas. Por otro lado, el multiculturalismo es tomado como una teoría cuya intención es comprender los fundamentos culturales que plasman cada una de las naciones involucradas en el proceso de convivencia intercultural. Así, un estado se definiría como multicultural cuando en su territorio coexistiera más de un pueblo en situación de convivencia. Este parece ser el diseño que se esboza en la contemporaneidad.

Desde el punto de vista de una razón democrática, críticas duras son lanzadas contra el multiculturalismo, bajo el argumento de que la fragmentación de la sociedad en distintas fracciones lingüísticas imposibilitaría el debate público y, por lo tanto, la unidad democrática. Además de eso, se considera el peligro de que en situación de crisis económica sería asaz oportuno, al nivel social, producirse la exclusión de grupos minoritarios. Otro aspecto considerado negativo sería la problemática de la división de las etnias en razón de las demandas sociales generadas por las sociedades industriales contemporáneas que, aun incentivando la búsqueda de aceptación y respeto a lo "diferente", no es capaz de promover la convivencia e interacción entre los diversos grupos étnicos.

De este modo, la perspectiva liberal considera que la posición multicultural permite la creación de un foso divisorio dentro de la sociedad por la división de las personas y de los grupos, lo que perjudica fuertemente la demanda de justicia social que tiene como base la unidad democrática. Además del hecho de minimizar los derechos de los individuos bajo la alegación de proteger a los del grupo, a cuya tradición estaría sometida la propia libertad de los individuos.

Éste es de hecho un gran problema de matiz político y jurídico que enfrentan los Estados democráticos contemporáneos. ¿Cómo conciliar la demanda de unidad democrática para la conquista de justicia social frente la exigencia de respeto a lo "diferente" de otras culturas y, propiamente, al reconocimiento de la identidad cultural de los grupos étnicos diversos, sin caer en el extremismo

del conflicto étnico cuya motivación se encuentra en el rechazo y en la discriminación racial?

En este sentido, hay tres aspectos apuntados por Ruiz Vieytez[2] y comentados por Javier de Lucas (2006) que merecen ser particularmente destacados en esta discusión. El primero, que él llama de "complejidad inefectiva del elemento subjetivo" de la identidad, se traduce por una dificultad *a priori* de establecer un argumento de fundamentación naturalista para la defensa de la identidad racial. El segundo, que tiende a justificar el primero, es que la alegación de identidad no se realiza a partir de un plano ontológico, sino, sobre todo, a partir de una relevancia jurídica y política que se impone en la medida en que determinados individuos deciden presentarse como grupo para reivindicar en forma más adecuada lo que le es relevante desde un punto de vista jurídico y político. Y, por fin, el tercer aspecto atañe al hecho de que el examen de políticas de la diversidad se restringe a una discusión en términos de estructura político-constitucional de los Estados, con base en el derecho constitucional, comparado o internacional, con fuerte negligencia de los aspectos filosóficos y antropológicos en el trato de los modelos de gestión de la diversidad.

Éste es un problema que exige un amplio debate y una madurez institucional de carácter político y jurídico que suscita una nueva mirada hacia la cuestión de la multiculturalidad. De ahí la exigencia de defenderse la idea de que la identidad de un determinado grupo cultural o étnico no está vinculada a la noción de naturalización de identidad racial, lo cual justifica, definitivamente, el rechazo a la idea de considerar un grupo humano como raza; pero, tan solamente, admitirlo como "grupo étnico", cuyo "diferente" se reconoce en términos de cultura, tradición y costumbres, eliminándose por completo la prerrogativa de una valoración ontológica negativa del individuo y, por consiguiente, del concepto de raza, que se expresa por un juicio de diferenciación.

Sin embargo, lo que subsiste en esta cuestión es la discusión acerca de la reforma de la estructura jurídico-constitucional de los Estados nacionales para acomodar una diversidad que no comprometa o amenace desestabilizar los principios fundamentales de la legitimidad democrática.

2. LA PARADOJA DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

En regla, la cuestión de la discriminación racial evoca un análisis más esmerado del sentido del término racial. Esta palabra induce a pensar que toda persona que sufre una discriminación, por pertenecer a una determinada raza, está sufriendo una discriminación racial. ¿Pero, existen, de hecho, razas en la especie humana?

Desde el punto de vista de una antropología contemporánea esta terminología es completamente indebida y encierra un juicio ideológico de fuerte tendencia excluyente. Lo que resta es el concepto de etnia para designar a los llamados "grupos étnicos", lo cual sirve para conferirles un atributo cultural específico, como una comunidad humana definida mucho más por afinidades lingüísticas y culturales que por características biológicas y que reivindican para sí una perspectiva política de grupo minoritario en términos de estructura social, identidad cultural o religiosa y base territorial.

Por eso, si acaso vamos a hablar sobre discriminación racial, conviene aclarar lo que significa el término racial. En verdad, "raza es un concepto usado vulgarmente para categorizar diferentes poblaciones de una especie biológica por sus características fenotípicas (o físicas); es común hablar de las razas de perros o de otros animales. La antropología, entre los siglos XVII y XX, ha usado igualmente varias clasificaciones de grupos humanos en lo que es conocido como 'razas humanas' pero, a partir del momento en el que se utilizaron los métodos genéticos para estudiar poblaciones humanas, esas clasificaciones y el propio concepto de 'razas humanas' dejaron de ser utilizados." [3]

Otro aspecto importante en la aclaración de esa cuestión, y que resulta de la utilización inadecuada del concepto de raza, es lo que respecta a la diferenciación conceptual entre racismo y discriminación. El racismo está asociado al modo de como el pensamiento modula el mundo y lidia en forma efectiva con la noción de la existencia de "razas humanas" y su distinción entre superiores e inferiores. Tiene como suposición la idea de que algunos individuos con sus características físicas y hereditarias y sus trazos de carácter e inteligencia, incluyendo las manifestaciones culturales, gozan del privilegio natural de la superioridad en relación a otros.

Pero, el racismo no es una teoría científica sino un conjunto de opiniones preconcebidas, sin ninguna fundamentación, cuya función básica es valorizar a los seres humanos a partir de diferencias biológicas de acuerdo con la creencia en su matriz racial. Esa creencia en razas superiores o inferiores fue asaz útil a la ideología del colonialismo europeo en la dominación de otros pueblos y en la justificativa de su propia esclavitud, además de fundamen-

tar las políticas eugénicas de los genocidios ocurridos durante la historia de la humanidad.

Desde el punto de vista objetivo, el racismo encierra una actitud perjudicial en la medida en que considera personas de un determinado "grupo racial" diferentes de aquellos a que pertenece el individuo, asumiendo una fuerte carga subjetiva nutrida por una secuencia ilógica de mecanismos sociales. Primero, el grupo social dominante se impone a otro grupo que, por circunstancias históricas, posee comportamientos culturales diferentes, en virtud de razones económicas, políticas o numéricas. Segundo, el grupo dominante construye un mito sobre el grupo dominado, que puede estar relacionado a la creencia de inferioridad.

En esta relación de extremo rechazo, "la falta de análisis crítico, la aceptación ciega del mito generado dentro del propio grupo y la necesidad de continuar vinculado a su propio grupo llevan a la propagación del mito a lo largo de las generaciones. El mito se vuelve, a partir de entonces, una parte del 'estatus quo', hecho responsable por la difusión de valores morales como lo 'cierto' y lo 'errado', lo 'bueno' y lo 'malo', y "no aceptable", entre otros. Esos valores son aceptados sin un análisis onto-axiológico de su fundamento, propagándose por influencia de la coerción social y sustentándose por el pensamiento conformista de que 'siempre ha sido así'. Finalmente, el mecanismo subliminar de la aceptación permite mascarar el prejuicio en el que se basa la discriminación, suministrando bases axiológicas para la sustentación de un algo mayor, de posturas más radicales, como las aptitudes violentas e incluso criminales contra miembros del otro grupo." [4]

Conviene señalar que el racismo no siempre se manifiesta de modo explícito. Su forma de actuar es, a veces, sostenida por instrumentos y prácticas discriminatorias que justifican la práctica racista y nutren una educación familiar también discriminatoria.

Por otro lado, el término discriminación es una modalidad de un circuito discriminador que tiene por función "hacer una distinción." La palabra guarda cierta polisemia. Pero, el significado más común del término está asociado a la sociología cuando lo aplica para tratar de la discriminación social: racial, religiosa, de género, edad, nacionalidad, etc., que puede conducir a la exclusión social de una persona o de un grupo de personas.

En este caso, la discriminación étnica es percibida como un tratamiento preconcebido y que se justifica por una acción u omisión violadora de los derechos de las personas con base en criterios injustificados o injustos de atributos raciales, culturales o religiosos. Siendo el prejuicio un relativismo individual que agudiza la discriminación étnica y resulta en graves consecuencias para las personas.

El hecho, sin embargo, es que, aun intentando eliminar la influencia de la determinación biológica contenida en el concepto de etnia, supervive, aún, conforme al comentario de Garganté, una especie de "racismo diferencialista" en la medida en que aceptamos denominar la "dimensión hereditaria de la transmisión cultural" como una concepción genealógica y, por consiguiente, racial de la cultura y su transmisión.[5]

En este aspecto, "el racismo diferencialista es, en definitiva, una variante del mismo racismo que antes se justificaba por diferencias biológicas; es decir, el racismo es el mismo, es la discriminación, la segregación, la negación del derecho a un grupo al cual se atribuyen determinadas diferencias hereditarias, inmutables, que en un tiempo fueron religiosas, en otro biológicas, y ahora culturales (incluyendo de nuevo las religiones). Los conceptos religiosos, biológicos y culturales pueden, además de todo, ser confundidos o entrelazados en los delineamientos racistas." [6]

Con esta aclaración del concepto de racismo, se puede ahora perfilar un entendimiento menos confuso de aquello que consideramos discriminación racial. En este sentido: "Discriminación racial es la que sufre una persona por motivos como: color de piel, su origen étnico o nacional, su religión o sus pautas culturales, aspectos todos ellos que, desde el racismo, se consideran hereditarios y que permiten definir grupos humanos concretos a los que se otorga un *status* de inferioridad. No es discriminación racial la que sufre una persona por razón de su sexo (ésta es discriminación sexista), no es discriminación racial la que sufren los pobres frente a los ricos (esto es clasismo); tampoco es discriminación racial la que sufre una persona en razón de su edad, su orientación sexual o su discapacidad, ya que ninguna de estas razones permite establecer un grupo humano en el que todos sus miembros las reciban de forma hereditaria. Para que podamos hablar de racismo han de coexistir tres elementos: un grupo humano definible, unas razones hereditarias o consideradas hereditarias y un estatus de inferioridad." [7]

Por lo tanto, fuera de ese contexto, la discriminación tiene características eminentemente sociales, debiendo ser considerada y enfrentada como una cuestión identitaria de carácter mino-

ritario, perfectamente discutible en al ámbito político y jurídico.

Por ello, dentro de una categorización de derechos humanos, toda discriminación directa o indirecta, circunscrita a actos discriminatorios de acoso moral vinculados a la idea de raza, debe ser prohibida y rechazada, independientemente de la intencionalidad del sujeto que la realiza.

En el caso específico de discriminación directa, ésta ocurre cuando una persona es tratada "en situación análoga, de manera menos favorable que otra", o sea, en una situación comparable, habrá un tratamiento desfavorable si es producido en razón de su origen racial o étnico. A su vez, la discriminación indirecta ocurre toda vez que una disposición legal o reguladora, sea de carácter convencional (cláusula contractual), un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puede ocasionar una desventaja particular, en detrimento de otras, a una persona, por razón de origen racial o étnica.

Si, por un lado, la discriminación directa implica en la existencia de situaciones objetivas, no siempre justificables, desde el punto de vista de una relación intercultural, aunque sea admisible si la justificación fuere relevante, la discriminación indirecta surge de disposiciones reguladoras, aparentemente neutras, cuya aplicabilidad se presenta desproporcional en los efectos adversos producidos en sus medidas de justificación.

Desde el punto de vista del principio de la igualdad, la convivencia intercultural, matizada por la existencia de poblaciones no autóctonas que, a lo largo de los años, han adquirido la nacionalidad del país en el que residen, no está sujeta a leyes diferenciadas y no adolecen, en ningún aspecto, de inferioridad de derechos legales. En este caso, la isonomía de tratamiento se da en razón del principio constitucional establecido como regla fundamental de respeto a la dignidad de la persona en relación con su pertenencia nacional. En este caso, cuando una persona de origen negro o asiático se siente discriminada, la discriminación no proviene de condicionamientos legales (una vez adoptada la nacionalidad de éste o de aquel país), pero sí en razón del color de la piel, del aspecto físico, de las pautas culturales o de la religión supuestamente practicada. Y, ahí, es perfectamente posible establecer una discusión más profunda sobre la discriminación racial con la amplitud que la cuestión exige, dando lugar incluso a leyes antidiscriminatorias.

Sin embargo, cuando a esas personas les es negada la condición de nacionalización, la convivencia intercultural se da a través de una sumisión a la legislación para extranjeros, lo que comporta menos derechos en relación con la población autóctona. En consecuencia, la discusión sobre la condición de la población extranjera inmigrante cede lugar a una indiferencia política y jurídica y los contornos de una discriminación racial se subraya, no necesariamente en función del color de la piel o de los aspectos físicos, sino, precisamente, por el hecho de que la persona está en situación irregular y no puede disfrutar de la posibilidad de trabajo excepto en el ámbito de una actividad económica clandestina, corriendo el riesgo permanente de ser detenido y expulsado del país. De manera que estas medidas radicales de la policía, aliñadas a una visión de peligro de estas personas para el orden interno del país o de la región, terminan por favorecer el desarrollo de actitudes discriminatorias que no solamente alcanzan violentamente a las personas con menor cobertura legal, sino también a las otras que, teniendo los mismos derechos sobre aspectos concretos, se sienten discriminadas por su color de piel, sus atributos físicos y sus pautas culturales o religiosas.

En este sentido, asevera Sixte Garganté: "De ahí que debamos desarrollar los instrumentos, los conceptos, necesarios a este debate. Esto es particularmente importante en el seno de los sindicatos, ya que combatir la discriminación racial en el mundo laboral debe ser uno de los objetivos prioritarios de cualquier planteamiento antidiscriminatorio. Saber a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de discriminación racial; saber detectarla en los lugares donde se produce; saber qué medidas pueden aplicarse para combatirlas; son aspectos que requieren una aclaración y una promoción mucho mayor de la producida hasta el momento."[8]

En la esfera jurídica, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1966), en su artículo 1º, define discriminación como siendo: "Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en raza, color, descendencia u origen nacional o étnico que tenga el propósito o el efecto de anular o perjudicar el reconocimiento, gozo o ejercicio en pie de igualdad de derechos humanos y libertades fundamentales en los campos político, social, cultural o en cualquier otro dominio de la vida pública."

Por tanto, la discriminación es un concepto dinámico y más amplio que el de prejuicio, pudiendo ser provocado y motivado por éste. La discriminación puede ser manifestada por individuos y por instituciones y su práctica permite que el énfasis sea transferido del agente discriminador

para el objeto de la discriminación, aunque el prejuicio se limite a la persona prejuiciosa, pudiendo ser evaluado bajo la óptica del portador.

En el ámbito de la Comunidad Europea, desde 2000, todas las formas de discriminación en base a la edad, deficiencia, orientación sexual o religión en el mercado laboral son rigorosamente prohibidas. Una nueva directiva "antidiscriminación" del Parlamento Europeo pretende prohibir la discriminación directa o indirecta y aplicarse a dominios diversos: protección social, educación y el acceso a la misma, habitación, transporte, salud, telecomunicaciones, comunicaciones electrónicas, información, servicios financieros, cultura y ocio.

Desde el punto de vista de la Constitución Federal de Brasil, el trabajo es disciplinado como un derecho social, siendo prohibido cualquier tipo de discriminación que busque reducir o limitar las oportunidades de acceso y manutención del empleo, siguiendo la orientación de la Convención 111 de la Organización Internacional del Trabajo. En cuanto a la legislación ordinaria, las leyes 7.853/89 (persona portadora de deficiencia), 9.029/95 (origen, raza, color, estado civil, situación familiar, edad y sexo) y 7.716/89 (raza y color) reprimen y punen conductas discriminatorias que limitan el acceso o manutención de puestos de trabajo.

Brasil es quizá el país que tiene la más amplia y sostenible relación intercultural en el mundo. Aquí, las personas originarias de grupos de identidad minoritaria gozan de la misma libertad que se brinda a los nacionales. Esto se debe a la experiencia del proceso de mezcla étnica y cultural y, más recientemente, al perfeccionamiento de una legislación contemporánea y actualizada que concede a los extranjeros los mismos derechos y garantías reconocidas a los brasileños (Ley 6.815/80).

3. CONSIDERACIONES FINALES

Sin duda, las complejas relaciones entre mayorías y minorías en la sociedad contemporánea constituyen hoy por hoy la más apasionante discusión de la Teoría Política y del Derecho Constitucional. Si, por un lado, Europa permite abrir amplio debate sobre la cuestión del pluralismo y del multiculturalismo, con vistas a encontrar caminos posibles, más coherentes y más justos, en la convivencia de la interculturalidad, ya que es un continente plasmado por un mosaico de identidades, pertenencias distintas y atributos colectivos plurales, que exigen otra lógica de ordenación social, este mismo movimiento debe ser deflagrado en América Latina. Necesitamos abrir un diálogo apasionante sobre nuestras idiosincrasias y realidades aparentemente diferentes, a fin de encontrar un camino, una ruta segura, que nos conduzca a construir juntos una comunidad de destinos. Esto se observa porque hay una fuerza agregativa que nos impulsa, unos en relación con los otros, y a pensar y reflexionar sobre esta tendencia a la pluralización de nuestras sociedades, en las cuales conviven identidades de diferente profundidad y significación y que, a su vez, actúan entre ellas, generando un ambiente crecientemente complejo.

Para eso, necesitamos abrir un amplio debate sobre el futuro de nuestras democracias. Redimensionar los interrogantes sobre nuestras instituciones políticas y jurídicas y hacer de la idea de la democracia constitucional un lema que sirva para adecuar las estructuras políticas y jurídicas de nuestros sistemas a dicha pluralidad. Necesitamos ir más lejos que los europeos. Instaurar procedimientos e instrumentos que nos permitan avanzar más allá de los límites del reconocimiento de las identidades colectivas minoritarias de un determinado grupo, que se distingue por uno o varios elementos culturales comunes. Parece que la actualidad de la transnacionalidad en América Latina exige una mirada personalizada, en la medida en que la realidad emergente implica en la multiplicidad de las relaciones de personas y de grupos, dando lugar a nuevas coordenadas y a una diversidad infinita de arreglos de identidades sociales y culturales.

Es esta conexión entre multiculturalidad y democracia que permite abrir entre nosotros, latinoamericanos, un diálogo interrogante profundo sobre las formas de construir un sistema democrático para América Latina que posibilite la revisión crítica de la manera como entendemos y aplicamos hoy conceptos como representatividad, participación, interculturalidad, igualdad política y jurídica y derechos humanos.

En este sentido, podemos concluir este artículo con una frase de enorme vivacidad, transliterada de otra del filósofo Ortega y Gasset: 'NOSOTROS SOMOS NOSOTROS Y NUESTRAS CIRCUNSTANCIAS Y SI NO LAS SALVAMOS, NO NOS SALVAMOS A NOSOTROS."

REFERENCIAS

GARGANTÉ, Sixte et alii (2003), La discriminación racial: propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España, Icaria, Barcelona.

HOUNTONDJI (1985), "El discurso del amo: observaciones sobre el problema de los derechos humanos en África", en *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos,* Serval/UNESCO, Barcelona.

ORTEGA Y GASSET, J., *Meditações do Quixote,* Iberoamericana, São Paulo, 1967.

RUIZ VIEYTEZ, Eduardo Javier, *Derechos Humanos: Minorías, inmigración y democracia en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

WIKIPEDIA, La Enciclopedia Libre, http://pt.wikipedia.org/wiki/Racismo (consulta hecha el 27/09/2009).

NOTAS

1. Ver, por ejemplo, *Paulin J. Hountondji (1985), "El discurso del amo: observaciones sobre el problema de los derechos humanos en África", en Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Serbal/UNESCO, Barcelona*, p. 357.
2. RUIZ VIEYTEZ, Eduardo Javier, *Derechos Humanos: Minorías, inmigración y democracia en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 16.
3. (http://pt.wikipedia. org/wiki/Racismo). Consulta hecha el 10/10/2009.
4. (WIKIPEDIA, A Enciclopédia Livre. http:// pt.wikipedia. org/wiki/ Racismo). Consulta hecha el 20/09/2009.
5. GARGANTÉ, Sixte et alii (2003), *La discriminación racial: propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España. Barcelona,* Icaria, p. 18.
6. GARGANTÉ, Sixte et alii (2003), p. 18.
7. GARGANTÉ, Sixte et alii (2003), p. 19.
8. GARGANTÉ, Sixte et alii (2003), p. 15.

UM ESTUDO SOBRE A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DO CRIME DE GENOCÍDIO PELOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS PENAIS PARA A EX-IUGOSLÁVIA E RUANDA[1]

Eduardo Araujo Pereira Junior
Acadêmico de direito da Universidade do Estado do Amazonas e ex-bolsista do Programa de Apoio à Iniciação Científica – PAIC/FAPEAM nos anos de 2007 e 2008

"Os maiores malfeitores são aqueles que não se lembram porque nunca pensaram na questão, e, sem lembrança, nada consegue detê-los. Para os seres humanos, pensar no passado significa mover-se na dimensão da profundidade, criando raízes e assim estabilizando-se, para não serem varridos pelo que possa ocorrer – o Zeitgeist, a História ou a simples tentação. O maior mal não é radical, não possui raízes e, por não ter raízes, não tem limitações, pode chegar a extremos impensáveis e dominar o mundo todo."[2]

INTRODUÇÃO

Em sua decisão do dia 4 de março de 2009, a Corte Internacional Penal (CIP) rejeitou o pleito da Promotoria de expedir mandado de prisão contra o presidente sudanês Omar Al Bashir sob a acusação de genocídio, em vista da insuficiência das provas apresentadas. O que não impediu, contudo, que um mandado fosse emitido para as acusações de crimes contra a humanidade e crimes de guerra, alegações estas que contavam com conjunto probatório mais sólido. Desta forma Al Bashir tornou-se o primeiro Chefe de Estado em exercício a ter sua prisão decretada pela CIP em face de suspeitas de ter cometido crimes internacionais.[3]

Apesar de indeferir a acusação de genocídio por questões indiciárias,[4] a decisão da CIP ao analisar o crime de genocídio fazendo ampla referência aos julgados dos Tribunais Internacionais Penais *Ad Hoc* da ONU para a ex-Iugoslávia (TIPI) e para Ruanda (TIPR) lançou luz sobre a importância que a jurisprudência destes tribunais adquiriu como interpretações legais oficiais sobre delitos do Direito Internacional Penal, com especial ênfase no que concerne ao crime de genocídio, posto que (diferentemente dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade que foram discutidos nos tribunais internacionais militares do segundo pós-guerra) desde que surgira na Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948 nunca fora debatido juridicamente na seara internacional.

Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo principal apresentar um estudo sobre a construção do conceito do crime de genocídio tendo como marco a jurisprudência dos tribunais internacionais penais *ad hoc* da ONU.

Para tanto, este trabalho se divide em duas partes principais sendo que a primeira trata do tipo subjetivo do delito e a segunda do tipo objetivo.

A primeira parte subdivide-se em quatro seções onde se propõe um exame do que os referidos tribunais entendem sobre as expressões "intenção de destruir", "no todo ou em parte", "*grupo nacional, étnico, racial ou religioso*" e "*como tal*" extraídas do preceito legal de genocídio dos estatutos do TIPI e TIPR. Já na segunda parte, em cinco seções, serão analisados os atos que compõe o tipo objetivo do mesmo crime previsto nos estatutos em tela, quais sejam: homicídio, graves danos físicos e mentais, submissão de membros do grupo a condições tendentes a conduzir o grupo à destruição, imposição de medidas com fito de impedir nascimentos no seio do grupo e transferência forçada de crianças.

Por fim, vale relembrar que a redação do dispositivo do genocídio nos estatutos do TIPI e do TIPR foi retirada, sem modificações, do texto da Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948. Destarte, o art. 2.2 do estatuto do TIPR e o art. 4.2 do estatuto do TIPI possuem a mesma redação do art. 2 da Convenção de 1948, qual seja:

> Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:
>
> (a) killing members of the group;
>
> (b) causing serious bodily or mental harm to members of the group;
>
> (c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
>
> (d) imposing measures intended to prevent births within the group;
>
> (e) forcibly transferring children of the group to another group.

1. TIPO SUBJETIVO DO CRIME DE GENOCÍDIO – *MENS REA*

A descrição do tipo subjetivo do genocídio encontra-se no *caput* do dispositivo quando se fala em: *intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such*.

Na esteira dos estudos da doutrina estrangeira,[5] o exame do tipo subjetivo (*mens rea*) pode ser subdivido em quatro partes: (i) *intenção de destruir*; (ii) *no todo ou em parte*; (iii) *grupo nacional, étnico, racial ou religioso* e (iv) *como tal*. Tal organização procura tornar mais clara a compreensão da definição do crime.

1.1 INTENÇÃO DE DESTRUIR

Desde o caso Akayesu afirma-se que o elemento diferenciador do crime de genocídio reside, justamente, na intenção qualificada que o injusto demanda.[6] Há genocídio quando o agente quer praticar um dos cinco atos objetivos listados no tipo com a intenção de, através destes atos, alcançar a destruição, total ou parcial, de determinado grupo nacional, racial, étnico ou religioso, como tal. Eis aí também, a mais básica definição do que é genocídio: agir deliberadamente com a intenção de destruir um dos grupos protegidos, no todo ou em parte. Neste sentido, vale transcrever o que o TIPI afirmou no caso Brdanin:

> *"The acts prohibited in sub-paragraphs (a) to (c) of Article 4(2) of the Statute are elevated to genocide when it is proved that the perpetrator not only wanted to commit those acts but also intended to destroy the targeted national, ethnical, racial or religious group in whole or in part, as such. This intent has been referred to, inter alia, as special intent, specific intent and dolus specialis.* […] *It is this specific intent that characterises the crime of genocide."*[7]

O especial fim de agir do genocídio, portanto, é de vital importância para que o crime reste configurado. Assim, não é suficiente o conhecimento de que a extinção do grupo poderia advir da realização de determinada conduta. O fim deve ser querido pelo agente, ainda que não seja seu principal motivo para agir,[8] deve ser inequivocamente desejado por ele.[9] Tal fica claro a partir do seguinte trecho da sentença do TIPI no caso Blajogevic: *It is not sufficient that the perpetrator simply knew that the underlying crime would inevitably or likely result in the destruction of the group. The destruction, in whole or in part, must be the aim of the underlying crime(s)*.[10] Portanto, o genocídio é crime que não se perfaz com dolo eventual.[11]

Outra característica afirmada pelos tribunais é que o especial fim de agir que anima o agente não precisa se concretizar para que se repute cometido o crime, isto é, a destruição do grupo, no todo ou em parte, não precisa acontecer de fato para que o delito se consuma. A prática do tipo objetivo contra algumas pessoas, subjetivamente acompanhada pelos requisitos da *mens rea*, é suficiente para se considerar ocorrido o genocídio,[12] como explicou o TIPI no caso Stakic, fazendo referência ao caso Semanza do TIPR:

> *"The key factor is the specific intent to destroy the group rather than its actual physical destruction. As pointed out by the Trial Chamber in Semanza, 'there is no numeric threshold of victims necessary to establish genocide.' This Trial Chamber emphasises that in view of the requirement of a surplus of intent, it is not necessary to prove a de facto destruction of the group in part and therefore concludes that it is not necessary to establish, with the assistance of a demographer, the size of the victimised population in numerical terms. It is the genocidal dolus specialis that predominantly constitutes the crime."*[13]

Provar o especial fim de agir genocida é uma questão complicada visto que nem sempre podem os tribunais contar com a confissão do acusado para constatar que ele atuou com o especial fim de agir exigido no tipo. Nestes casos, os tribunais se utilizam de provas circunstanciais, a partir das quais se possa inferir, com segurança, esse elemento subjetivo.[14] Desde o caso Akayesu, o TIPR[15] asseverava que o especial fim de agir poderia ser inferido por meio de diversos indicadores:

> "On the issue of determining the offender's specific intent, the Chamber considers that intent is a mental factor which is difficult, even impossible, to determine. This is the reason why, in the absence of a confession from the accused, his intent can be inferred from a certain number of presumptions of fact. The Chamber considers that it is possible to deduce the genocidal intent inherent in a particular act charged from the general context of the perpetration of other culpable acts systematically directed against that same group, whether these acts were committed by the same offender or by others. Other factors, such as the scale of atrocities committed, their general nature, in a region or a country, or furthermore, the fact of deliberately and systematically targeting victims on account of their membership of a particular group, while excluding the members of other groups, can enable the Chamber to infer the genocidal intent of a particular act."[16]

Múltiplos fatores externos às circunstâncias estritas da realização do crime podem levar os magistrados a uma melhor compreensão do verdadeiro *animus* do acusado.[17] Podem ser tanto fatores gerais indicando situações que rodeavam o crime (como a convicção de que à época do crime havia uma prática sistematizada de genocídio em Ruanda[18]), ou mesmo condições pessoais do acusado.[19] Vale aqui, relembrar o que declarou a Câmara de Apelações no caso Krstic: *"Where direct evidence of genocidal intent is absent, the intent may still be inferred from the factual circumstances of the crime."*[20]

O fato de haver um plano para perpetrar o genocídio também deve ser encarado como evidência do especial fim de agir[21]. Não é requisito do genocídio que o crime se dê em meio a um plano coordenado de ações com objetivo genocida[22]. O tipo não faz qualquer exigência sobre o genocídio ser praticado em meio a um contexto de violação sistemática. Destarte, a verificação desta situação fatual só pode contar como prova para o tipo subjetivo.[23]

Contudo, isso não importa dizer que uma pessoa agindo sozinha com a intenção de cometer genocídio poderá ser classificada como um *genocidaire*[24]. Apesar de no caso Jelisic[25] [26] o TIPI ter deixado essa possibilidade aberta, segundo os professores Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson e Elizabeth Wilmshurst, afirmar que um indivíduo, agindo autonomamente, praticará genocídio é um argumento que não encontra base consistente seja na doutrina, seja na jurisprudência.[27]

Advertiu o TIPR, no caso Bagilishema, que os dados circunstanciais devem ser sopesados com a conduta individual do acusado para se determinar qual foi sua efetiva participação.[28] O especial fim de agir deve ser estabelecido através de inquirições circunstanciais feitas caso a caso.[29]

Mais um ponto importante de se destacar na exegese operada pelos tribunais *ad hoc* da ONU é que a destruição buscada pelo agente deve ser física ou biológica, ou seja, não basta intencionar acabar com a cultura de certo grupo protegido, mas sim (para que se fale em genocídio) sua exterminação física ou biológica. É necessário que se verifique se a intenção do autor era a aniquilação, designadamente, física ou biológica de um determinado grupo, como tal.[30] Mesmo desenvolvimentos jurisprudenciais que tentam expandir o círculo do que abarcaria a expressão "*intenção de destruir*", ressalvam que o marco do entendimento permanece sendo o critério da eliminação física. Vide, por exemplo, a seguinte sentença do TIPI:

> *"The Trial Chamber finds in this respect that the physical or biological destruction of a group is not necessarily the death of the group members. While killing large numbers of a group may be the most direct means of destroying a group, other acts or series of acts, can also lead to the destruction of the group. A group is comprised of its individuals, but also of its history, traditions, the relationship between its members, the relationship with other groups, the relationship with the land. The Trial Chamber finds that the physical or biological destruction of the group is the likely outcome of a forcible transfer of the population when this transfer is conducted in such a way that the group can no longer reconstitute itself – particularly when it involves the separation of its members. In such cases the Trial Chamber finds that the forcible transfer of individuals could lead to the material destruction of the group, since the group ceases to exist as a group, or at least as the group it was.* ***The Trial Chamber emphasizes that its reasoning and conclusion are not an argument for the recognition of cultural genocide, but rather an attempt to clarify the meaning of physical or biological destruction"***[31] (grifo deste trabalho).

1.2 NO TODO OU EM PARTE

Segundo a professora Larissa J. van den Herik a idéia original por trás da inserção dessa expressão na Convenção de 1948 era tornar claro que não se exigia que todo o grupo fosse efetivamen-

te dizimado para que ocorresse genocídio (como anotado anteriormente), e também que intencionar somente a destruição parcial do grupo seria suficiente para caracterização do crime.[32]

Os tribunais levaram a interpretação da expressão além. Entenderam que era preciso que a intenção de destruição recaísse sobre parte substancial ou significativa do grupo,[33] sendo que o adjetivo 'substancial' refere-se a um critério quantitativo enquanto o 'significativo' refere-se a um critério qualitativo.[34] Deste modo, é significativa a parte que se pretende atingir quando envolve setor emblemático do grupo como *v.g.*, sua liderança. Substancial, ou considerável, importa em um relevante número de pessoas atingidas.[35] No caso Krstic, o TIPI se manifestou esclarecendo:

> *"The intent requirement of genocide under Article 4 of the Statute is* […] *satisfied where evidence shows that the alleged perpetrator intended to destroy at least a substantial part of the protected group. The determination of when the targeted part is substantial enough to meet this requirement may involve a number of considerations. The numeric size of the targeted part of the group is the necessary and important starting point, though not in all cases the ending point of the inquiry. The number of individuals targeted should be evaluated not only in absolute terms, but also in relation to the overall size of the entire group. In addition to the numeric size of the targeted portion, its prominence within the group can be a useful consideration. If a specific part of the group is emblematic of the overall group, or is essential to its survival, that may support a finding that the part qualifies as substantial within the meaning of Article 4.* […] *These considerations, of course, are neither exhaustive nor dispositive. They are only useful guidelines. The applicability of these factors, as well as their relative weight, will vary depending on the circumstances of a particular case."*[36]

Nesse diapasão o caso Krstic é ainda mais relevante vez que nele o genocídio foi reconhecido justamente em razão do assassinato de parte tida como significativa do grupo de bósnios muçulmanos em Srebrenica. As execuções que tiveram lugar em Srebrenica vitimaram os homens muçulmanos em idade militar (independentemente de serem eles civis ou não) que lá se encontravam. Concomitantemente, mulheres, crianças e idosos do grupo dos bósnios muçulmanos da localidade eram transferidos para fora do território ocupado pelos sérvios. O conjunto destas ações foi classificado pelo TIPI (e depois reconhecido pela CIJ) como genocídio, tal como se observa do arrazoado abaixo transcrito:

> *"Within a period of no more than seven days, as many as 7,000- 8,000 men of military age were systematically massacred while the remainder of the Bosnian Muslim population present at Srebrenica, some 25,000 people, were forcibly transferred to Kladanj* […] *Granted, only the men of military age were systematically massacred, but it is significant that these massacres occurred at a time when the forcible transfer of the rest of the Bosnian Muslim population was well under way. The Bosnian Serb forces could not have failed to know, by the time they decided to kill all the men, that this selective destruction of the group would have a lasting impact upon the entire group. Their death precluded any effective attempt by the Bosnian Muslims to recapture the territory. Furthermore, the Bosnian Serb forces had to be aware of the catastrophic impact that the disappearance of two or three generations of men would have on the survival of a traditionally patriarchal society, an impact the Chamber has previously described in detail. The Bosnian Serb forces knew, by the time they decided to kill all of the military aged men, that the combination of those killings with the forcible transfer of the women, children and elderly would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population at Srebrenica. Intent by the Bosnian Serb forces to target the Bosnian Muslims of Srebrenica as a group is further evidenced by their destroying homes of Bosnian Muslims in Srebrenica and Potocari and the principal mosque in Srebrenica soon after the attack."*[37]

Não se exige, por conseguinte, que o autor do crime intente destruir todo o grupo. Objetivar destruir parte de um grupo caracterizado por se restringir a determinda região, por exemplo, é suficiente para a configuração do delito, como se ratificou em Brdanin: *"*[T]*he jurisprudence of the Tribunal supports the approach that permits a characterisation of genocide even when the specific intent to destroy a group, in part, extends only to a limited geographical area."*[38]

1.3 GRUPO NACIONAL, ÉTNICO, RACIAL OU RELIGIOSO

No genocídio o agente não agride suas vítimas na condição de pessoas, indivíduos, mas sim por vê-las como membros de um grupo, de modo

que a verdadeira vítima é sempre o grupo. A agressão só atinge quem é percebido como membro do grupo alvo, daí falar-se que se trata de um crime cuja vítima é despersonalizada.[39]

Inobstante uma discussão inicial envolvendo conceitos objetivos do que significariam cada um dos grupos, acabou por prevalecer que a pertença de um indivíduo a um determinado grupo protegido deveria ser algo aferido numa dimensão subjetiva, ou em outras palavras, dizer se um sujeito agredido deveria ou não ser considerado membro de um grupo protegido logo se tornou uma questão a ser analisada muito mais na seara subjetiva do que tentando se encaixar os grupos em conceitos objetivos predefinidos.

Na esteira do firmado no caso Akayesu,[40] o TIPR em Kayishema e Ruzidana acolheu a visão subjetiva de autodeterminação para embasar sua decisão,[41] e assim se seguiu igualmente no caso Rutaganda: *"for the purpose of applying the 1948 Genocide Convention, membership of a group is, in essence, a subjective rather than na objective concept,"*[42] Do mesmo modo sentenciou-se nos casos Musema,[43] Bagilishema,[44] Ndindabahizi[45], Semanza[46] e Kajelijeli.[47] O TIPI parece ter seguido na mesma direção adotando a abordagem subjetiva de autodeterminação para definir os grupos[48], como faz ver o seguinte excerto da decisão no caso Jelisic:

> "Although the objective determination of a religious group still remains possible, to attempt to define a national, ethnical or racial group today using objective and scientifically irreproachable criteria would be a perilous exercise whose result would not necessarily correspond to the perception of the persons concerned by such categorisation. Therefore, it is more appropriate to evaluate the status of a national, ethnical or racial group from the point of view of those persons who wish to single that group out from the rest of the community. The Trial Chamber consequently elects to evaluate membership in a national, ethnical or racial group using a subjective criterion. It is the stigmatisation of a group as a distinct national, ethnical or racial unit by the community which allows it to be determined whether a targeted population constitutes a national, ethnical or racial group in the eyes of the alleged perpetrators."[49]

Recentemente, todavia tem se adotado uma ponderação entre critérios subjetivos e objetivos,[50] em análises caso-a-caso, pois, segundo o TIPI, o critério subjetivo isolado pode não ser o bastante.[51] De modo que para identificação do grupo é tomado em conta o ponto de vista da vítima, bem como o do agressor além de elementos objetivos.

Outra perspectiva que surgiu no panorama do exame da dimensão subjetiva, que deve ser apontada, é a dos critérios negativo e positivo para definição de um sujeito como parte ou não de um grupo.[52] Nesse sentido, a identificação positiva partiria da percepção de que aquele grupo se distinguiria dos demais por determinadas características que o denotam como grupo nacional, racial, étnico ou religioso particular. Por outro lado, o critério negativo observar-se-ia quando o perpetrador identificasse a vítima como pertencente a grupo diferente do dele, e que por exclusão, seria um grupo nacional, racial, étnico ou religioso diverso. O TIPI, explicou esses critérios no caso Jelisic da seguinte maneira:

> *"A group may be stigmatised in this manner by way of positive or negative criteria. A "positive approach" would consist of the perpetrators of the crime distinguishing a group by the characteristics which they deem to be particular to a national, ethnical, racial or religious group. A "negative approach" would consist of identifying individuals as not being part of the group to which the perpetrators of the crime consider that they themselves belong and which to them displays specific national, ethnical, racial or religious characteristics. Thereby, all individuals thus rejected would, by exclusion, make up a distinct group. The Trial Chamber concurs here with the opinion already expressed by the Commission of Experts and deems that it is consonant with the object and the purpose of the Convention to consider that its provisions also protect groups defined by exclusion where they have been stigmatized by the perpetrators of the act in this way."*[53]

Nesse passo, o professor francês Guénaël Mettraux, esclarece:

> *"As far as the intent of the perpetrator is concerned, the question of the national, racial religious, or ethnic distinctiveness of the group is not, therefore, one of scientific demonstration, but one, for lack of better expression, of social or societal perception of the identity of the group and its membership. This 'consciousness of otherness' both on the perpetrator's and the victim's part must however be sufficiently shared by the population to give the group at least a semblance of social or political (and ultimately,*

legal) existence as a distinct national, racial, ethnic, or religious entity."[54]

Na inteligência dessa posição esposada pelo tribunal, ao perceber a vítima como um sujeito não-membro do seu grupo, o agressor a veria, então, como membro de grupo oposto. Determinou-se também que o dispositivo de genocídio protegeria os grupos nacionais, raciais, étnicos e religiosos, que fossem definidos nessa perspectiva subjetiva negativa.[55] Isso, pode-se deduzir, fortaleceu-se no caso Baglishema, quando o TIPR declarou:

> *"Moreover, the perpetrators of genocide may characterize the targeted group in ways that do not fully correspond to conceptions of the group shared generally, or by other segments of society. In such a case, the Chamber is of the opinion that, on the evidence, if a victim was perceived by a perpetrator as belonging to a protected group, the victim could be considered by the Chamber as a member of the protected group, for the purposes of genocide."* [56]

O mestre William Schabas informa que a abordagem da perspectiva subjetiva para genocídio tem sido cada vez mais usada pelos tribunais:

> *"Almost without exception, the subjective approach, by which the groups are defined according to the attitudes of those who persecute then rather than pursuant to some scientifically verifiable list of parameters.* […] *This essentially subjective view towards the identification of groups contemplated by the definition of genocide has gained increasing acceptance in the case law of the international tribunals.* […] *Once the subjective approach, which relies essentially on the perpetrator's perception of the victim group, is adopted, there is no longer a need to enlarge, by interpretation, the accepted definition of the crime of genocide."* [57]

1.4 COMO TAL

A expressão *"como tal"* vem para reafirmar o caráter da despersonalização que marca o crime em tela. Tanto é assim que no caso Niyitegeka, o TIPR declarou: *"['as such' means] that the act must be committed against an individual because the individual was a member of a specific group and specifically because he belonged to this group, so that the victim is the group itself, not merely the individual."*[58] Do mesmo modo, o TIPI em Blagojevic asseverou: *"The victims of the crime must be targeted because of their membership in the protected group, although not necessarily solely because of such membership."*[59]

Como se vê, os tribunais também interpretam as palavras *"como tal"* no sentido de que as vítimas devem ser escolhidas para o ataque por serem membros de um dos grupos protegidos, excluindo desse modo qualquer exigência quanto a motivo. Eventuais provas de motivos econômicos,[60] por exemplo, não prejudicam o elemento subjetivo desde que o especial fim de agir do tipo reste provado[61]. Este, por sua vez, não precisa ser o único *animus* por trás da conduta do agente, mas deve ser um deles.[62]

2. TIPO OBJETIVO DO CRIME DE GENOCÍDIO – *ACTUS REUS*

2.1 HOMICÍDIO DE MEMBROS DO GRUPO

Cedo se observou que os estatutos dos tribunais *ad hoc* da ONU utilizavam em suas versões francesas a palavra *'meurtre'*, e nas versões inglesas a palavra *'killing'*, para aludir à modalidade de genocídio em pauta. Daí poderia haver espaço para se interpretar que a alínea acolheria homicídios culposos posto que o vocábulo inglês *'killing'* refere-se tanto a homicídios dolosos quanto culposos, enquanto o termo francês *"meurte"* é mais específico e só diz respeito a homicídios dolosos.[63] Entretanto, esta exegese foi logo afastada pelo TIPR, que no caso Akayesu, decidiu que a versão francesa era a tecnicamente mais adequada.[64]

Em Kayishema e Ruzindana, a Câmara de Apelações,[65] ratificando o entendimento da primeira instância, explicou que não haveria diferença entre os termos *'killing'* e *'meurtre'* uma vez que analisados no contexto do dispositivo em que se inserem ambos se referem a homicídio intencional, no entanto não necessariamente premeditado.[66] Logo o TIPI se manifestaria na mesma direção no caso Blagojevic.[67]

Consoante a lição do mestre Schabas, três pontos devem sempre restar provados para que se configure o genocídio por meio de homicídio:[68] (1) que a morte resultou de ações ou omissões do acusado, e mesmo que estas não tenham sido a principal causa da morte devem ter contribuído substancialmente para que ela ocorresse;[69] (2) que o autor agiu com dolo direto ou eventual em relação à morte da vítima[70] e; (3) que o agredido morreu, *i.e.*, deve haver prova de que a vítima faleceu, sendo que provas que permitam, com segurança, inferir-se este resultado bastam.[71]

2.2 ATENTADO GRAVE À INTEGRIDADE FÍSICA OU MENTAL DE MEMBROS DO GRUPO

Por atentado grave à integridade física ou mental de membros do grupo entende-se que danos físicos ou mentais infligidos às vítimas com o propósito de destruir o grupo que compõem podem ser vistos como genocídio, desde que não constituam lesões leves incapazes de comprometer, de algum modo, a condução normal da vida daqueles que foram atingidos, o que não significa dizer que os danos necessitam ser permanentes.[72] Percebe-se que os tribunais preferiram adotar um conceito praticamente negativo para os danos, o que pode ser interpretado como sinal da preferência por uma observação caso-a-caso do que poderá ou não ser enquadrado nesta previsão. O TIPI em Blagojevic assevera:

> *"The Tribunals' case-law has specified that the harm need not be permanent or irremediable, but '[i]t must be harm that results in a grave and long-term disadvantage to a person's ability to lead a normal and constructive life.' The Semanza Trial Judgement has specified that mental harm refers to more than minor or temporary impairment of mental faculties."* [73]

Foi dentro desta modalidade que no caso Akayesu o TIPR entendeu que a prática de estupro poderia configurar genocídio. Neste caso o burgomestre (algo como o líder da comunidade[74]) da cidade de Taba, Jean Paul Akayesu, foi condenado por genocídio pelo fato de ter incentivado e permitido que diversas mulheres fossem estupradas por membros da milícia Hutu,[75] conhecida como Interahamwe.

A partir deste julgamento sedimentou-se o entendimento de que violências sexuais, como estupro, cometidas com o especial fim de agir do tipo constituiriam atos de genocídio[76] [77] na modalidade do art. 4°, item 2, e art. 2°, item 2, dos estatutos do TIPI e do TIPR, respectivamente.[78]

Em Akayesu o TIPR decidiu:

> "Indeed, rape and sexual violence certainly constitute infliction of serious bodily and mental harm on the victims and are even, according to the Chamber, one of the worst ways of inflict harm on the victim as he or she suffers both bodily and mental harm. In light of all the evidence before it, the Chamber is satisfied that the acts of rape and sexual violence described above, were committed solely against Tutsi women, many of whom were subjected to the worst public humiliation, mutilated, and raped several times, often in public, in the Bureau Communal premises or in other public places, and often by more than one assailant. These rapes resulted in physical and psychological destruction of Tutsi women, their families and their communities. Sexual violence was an integral part of the process of destruction, specifically targeting Tutsi women and specifically contributing to their destruction and to the destruction of the Tutsi group as a whole.
>
> *The rape of Tutsi women was systematic and was perpetrated against all Tutsi women and solely against them.* […] [The] *sexualized representation of ethnic identity graphically illustrates that tutsi women were subjected to sexual violence because they were Tutsi. Sexual violence was a step in the process of destruction of the tutsi group - destruction of the spirit, of the will to live, and of life itself."*[79]

O professor William Schabas vê o caso Krstic[80] também como um importante precedente, na medida em que considerou como dano físico e mental o tratamento dirigido aos sobreviventes do ataque contra Srebrenica.[81] Escreve este professor: *Even if the objective had been killing rather than inflicting bodily or mental harm, the Trial Chamber in effect considered the result as a kind of 'lesser and included' offence, noting this 'was a natural and foreseeable consequence of the enterprise.'*[82]

Comentando o caso Blagojevic, o supracitado autor[83] informa que o TIPI já julgou ter ocorrido dano mental contra aqueles que foram executados, nos momentos que antecederam à execução.[84] Noticia também que foi neste caso que o tribunal entendeu que atos de transferência forçada levavam a experiências traumáticas as quais, a depender da conjuntura, caracterizariam dano mental grave ensejando a aplicação do conceito de genocídio.[85]

2.3 SUBMISSÃO DELIBERADA DE MEMBROS DO GRUPO A CONDIÇÕES DE VIDA QUE CONDUZAM À SUA DESTRUIÇÃO FÍSICA TOTAL OU PARCIAL

No caso Akayesu encontra-se a definição desta modalidade de genocídio que foi posteriormente aceita[86] pelos dois tribunais:[87]

> *"For purposes of interpreting Article 2(2)(c) of the Statute, the Chamber is of the opinion that the means of deliberate inflicting on the group*

conditions of life calculated to bring about its physical destruction, in whole or part, include, inter alia, subjecting a group of people to a subsistence diet, systematic expulsion from homes and the reduction of essential medical services below minimum requirement."[88]

São, essencialmente, atos que procuram privar as vítimas de condições básicas para sua sobrevivência, como acesso a alimentos, medicamentos, expulsões sistemáticas de suas casas etc.[89] É inerente à definição dessa modalidade a longa duração de sua execução, ou seja, trata-se de um crime que tende a provocar uma morte bastante lenta a partir da degradação das condições de vida com o propósito[90] de exterminar.[91] Vale dizer que essa é uma modalidade que não exige resultado.[92]

Nesse passo, tem-se uma modalidade de genocídio que encontraria larga aplicação no TIPI, posto que se relaciona com os conceitos de dois fenômenos comumente associados ao conflito iugoslavo, quais sejam, campos de concentração e limpeza étnica.

Porém, segundo a Corte Internacional de Justiça (CIJ) quando instada a se manifestar no caso Bósnia contra Sérvia e Montenegro sobre a aplicação da Convenção de 1948 no conflito iugoslavo, nenhum dos casos de campos de concentração levados ao TIPI resultou em condenações de genocídio sob o art. 4°, c, de seu estatuto:

"On the basis of the elements presented to it, the Court considers that there is convincing and persuasive evidence that terrible conditions were inflicted upon detainees of the camps. However, the evidence presented has not enabled the Court to find that those acts were accompanied by specific intent (dolus specialis) to destroy the protected group, in whole or in part. In this regard, the Court observes that, in none of the ICTY cases concerning camps cited above, has the Tribunal found that the accused acted with such specific intent (dolus specialis)."[93]

Sobre limpeza étnica os professores Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson e Elizabeth Wilmshurst ensinam:

"This practice [of ethnic cleansing], *when committed by the Serbs to eliminate the Muslim presence in large parts of Bosnia-Herzegovina, was regarded by the ad hoc Judge Lauterpracht in the ICJ provisional measures ruling of 13 September 1993 as constituting genocide. Ethnic cleansing has also been considered genocide by the ICTY in the decision confirming the second indictment in Karadzic and Mladic.* […] [T]*he ICC elements give 'systematic expulsion from homes' as one of the illustrations of this category of prohibited act."*[94]

A despeito de contar com amplo reconhecimento pela jurisprudência o juízo de que limpeza étnica pode constituir o crime de genocídio, os autores supramencionados[95] advertem que nem sempre a sistemática expulsão de uma população da região que habita importará na modalidade em comento, porque o desígnio de simplesmente remover um grupo de uma região, sem desejar com isso sua exterminação, não pode ser considerado genocida:[96] "[T]*he ultimate purpose of ethnic cleaning is the geographical removal of a group from a particular area, not its physical destruction."*[97] Alguns casos no TIPI já atestaram isso.[98]

2.4 IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS TENDENTES A IMPEDIR OS NASCIMENTOS NO SEIO DO GRUPO

Podem ser entendidas como medidas impostas com o propósito de impedir nascimentos no seio do grupo, *inter alia*, os seguintes atos: mutilação sexual, esterilização forçada, controle de natalidade forçado, separação de sexos e proibição de casamentos.[99]

O efeito psicológico de certas atuações também é avaliado para decidir se houve este crime, sendo que, nessa situação, considerações acerca do pano de fundo cultural frente ao qual se desenrolaram ditas ações podem assumir grande relevância[100]. No caso Akayesu, por exemplo, após reconhecer que a sociedade ruandesa é patriarcal e que a etnia de uma pessoa é determinada por aquela de seu pai, os juízes do TIPR entenderam que a prática do estupro poderia ser tida como genocida, vez que a mulher vítima da ação passaria a carregar em seu ventre uma criança que não pertenceria ao seu grupo. Em seguida, no mesmo julgamento, concluiu-se que o estupro poderia gerar em sua vítima um sério repúdio ao ato sexual, tornando-o traumático, e levando-a, conseqüentemente, a não mais querer procriar.[101] [102]

O tribunal parece ter julgado que o estupro pode configurar esta modalidade de genocídio por carregar relevante probabilidade de traumatizar suas vítimas impedindo-as de dar continuidade ao grupo a que pertence. O caso ruandês teria sido agravado pelo cenário cultural.

De qualquer modo, este fim, a desestimulação da perpetuação do grupo, deve ter sido almejado pelo ofensor. Na síntese precisa de Mettraux: "[The] *Prosecution* […] *need to establish that,*

though such action as rape, sexual mutilation, or sterilization of the victim, the perpetrator not only intended to abuse sexually, but that in so doing he intended to prevent births within the group of his victim."[103]

A doutrina apostila que pleitear estupro como genocídio na modalidade de medida tendente a impedir nascimentos no seio do grupo tem desvantagens do ponto de vista processual por ser mais fácil provar apenas os danos físicos causados pelo estupro, e assim sendo, enquadrá-lo nos termos da alínea *b*[104] (inclusive, não há notícia de condenação desta modalidade de genocídio nos tribunais *ad hoc* da ONU para Ruanda e para a ex-Iugoslávia[105]). Como explica Larissa van den Herik: *"In its actual findings, the Trial Chamber did not rely on this genocidal act, and rape was characterized as bodily harm."*[106]

2.5 TRANSFERÊNCIA FORÇADA DE CRIANÇAS DE UM GRUPO PARA OUTRO

Esta alínea que entrou na redação final da Convenção de 1948 por meio de uma proposta da delegação grega[107] foi idealizada não para evitar a transferência meramente física de crianças de um lugar para outro, mas para impedir a assimilação dos infantes pela cultura do grupo agressor.[108]

Registre-se que não há evidências de que a prática tipificada nesta disposição tenha ocorrido nem em Ruanda, nem no território da antiga Iugoslávia, durante o período sob o qual incide a competência dos Tribunais Internacionais Penais *ad hoc* da ONU.[109]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na decisão de improcedência da CIP sobre o pedido de mandado de prisão para Al Bashir sob a acusação de suspeita de crimes de genocídio, mencionada no início do presente trabalho, a primeira Câmara de Julgamento da Corte afirmou:

> *"*[A]*ccording to the case law of the ICTY and the ICTR, the protection offered to the targeted groups by the penal norm defining the crime of genocide is dependent on the existence of an intent to destroy, in whole or in part, the targeted group. As soon as such intent exists and materialises in an isolated act of a single individual, the protection is triggered, regardless of whether the latent threat to the existence of the targeted group posed by the said intent has turned into a concrete threat to the existence in whole or in part of that group."* [110]

Este fragmento pode ser interpretado como uma boa síntese da idéia nuclear que aqui se procurou desenvolver, qual seja: o genocídio é um crime cujo *animus* ofende a base do que se entende por humanidade, isto é, a diversidade humana, e que por isso faz jus ao sistema de proteção internacional que foi erigido para que fosse combatido e punido. Como resultados deste esforço surgiram os Tribunais Internacionais Penais *Ad Hoc* da ONU os quais através de suas decisões firmaram valorosos marcos sob os quais a CIP poderá avançar na proteção dos valores mais caros à humanidade.

São significativos os avanços galgados pelo TIPI e TIPR (entre os quais podem ser mencionados o reconhecimento de que o estupro pode importar em genocídio e a adoção de critérios subjetivos para definição dos grupos protegidos), contudo, é inegável que ainda há muito espaço para que novos desenvolvimentos sejam consolidados na CIP.

Deste modo, se a força do *mal total*, como ensina Hannah Arendt,[111] reside na ausência de raízes, talvez seja justamente no fortalecimento dos precedentes lançados pelos tribunais *ad hoc* que a Corte permanente encontrará um recurso hábil para combatê-lo ou evitá-lo. Com efeito, a despeito de críticas que podem ser levantadas, hoje já existe um sistema que pode ser acionado quando a diversidade humana for ameaçada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMS, Jason S.; RATNER, Steven R. *Accountability for human rights atrocities in international law: beyond the Nuremberg legacy*. 2. ed. Nova Iorque: Oxford, 2001.

AKSAR, Yusuf. *Implementing international humanitarian law: from the ad hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*. Londres: Routledge, 2004.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

CASSESE, Antonio. *International criminal law*. 2 ed. Nova Iorque: Oxford, 2008.

CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge, 2007.

HERIK, Larissa J. van den. *The contribution of the Rwanda Tribunal to the development of international law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

METTRAUX, Guénaël. *International crimes and the ad hoc tribunals.* Oxford: Oxford, 2006.

SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Law.* 3 ed. Cambridge: Cambridge, 2007.

_____. *Legal perspectives and analyses was genocide committed in Bosnia and Herzegovina? First judgments of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. *Fordham Interational Law Journal*, Nova Iorque, vol. 25, p. 5, novembro de 2001. Disponível em <http://www.umass.edu/legal/Benavides/Fall2004/397G/Electronic%20Reserve/13%20Scha bas.doc> Acesso em 18 de março de 2009.

_____. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge, 2006.

NOTAS

1. Artigo elaborado a partir do trabalho de conclusão de curso intitulado "O genocídio nos Tribunais Internacionais Penais Ad Hoc para a ex-Iugoslávia e Ruanda: origens, evolução e correlação com crimes contra a humanidade e crimes de guerra", defendido no dia 27 de junho de 2009 e aprovado pela banca composta pela professora orientadora Msc. Sílvia Maria da Silveira Loureiro, Professor Msc. Luciano Ralo Monteiro e Professor André Lopes Lasmar.
2. ARENDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. pp. 159-160.
3. Caso Al Bashir (ICC-02/05-01/09), decisão de 4 de março de 2009.
4. A Promotoria entrou com recurso contra a decisão de não indiciar o réu por genocídio. Caso Al Bashir (ICC-02/05-01/09 OA), recurso de 6 de julho de 2009.
5. ABRAMS, Jason S.; RATNER, Steven R. Accountability for human rights atrocities in international law: beyond the Nuremberg legacy. 2. ed. Nova Iorque: Oxford, 2001. pp. 30-35; AKSAR, Yusuf. Implementing international humanitarian law: from the ad hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court. Londres: Routledge, 2004. p. 209; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. An introduction to international criminal law and procedure. Cambridge: Cambridge, 2007. p. 179; HERIK, Larissa J. van den. The contribution of the Rwanda Tribunal to the development of international law. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005. p. 105; METTRAUX, Guénaël. International crimes and the ad hoc tribunals. Oxford: Oxford, 2006. p. 209; SCHABAS, William A. The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone. Cambridge: Cambridge, 2006. pp. 165-172.
6. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de novembro de 1998, par. 498; Caso Musema (ICTR-96-13-A), decisão de 27 de janeiro de 2000, par. 164; Caso Jelisic (IT-95-10), decisão de 5 de julho de 2001, par. 46; Caso Rutaganda (ICTR-96-3), decisão de 6 de dezembro de 1999, par. 60; Caso Stakic, (IT-97-24), decisão de 31 de julho de 2003, par. 520; HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 109; SCHABAS, William A. Op. cit., pp. 164-165.
7. Caso Brdanin, (IT-99-36-T), decisão de 1º de setembro de 2004, par. 695.
8. Caso Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-T), decisão de 21 de maio de 1999, par. 276; Caso Krstic, (IT-98-33-T), decisão de 2 de agosto de 2001, par. 572.
9. METTRAUX, Guénaël. Op. cit., pp. 210-212.
10. Caso Blagojevic (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, par. 656.
11. Nessa situação poder-se-ia discutir que se trata de um caso de crime contra a humanidade, tal como ocorre na discussão sobre 'limpeza étnica'.
12. HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 108; MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direitos humanos e conflitos armados. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 971.
13. Caso Stakic, (TC) decisão de 31 de julho de 2003, par. 522.
14. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 523; Caso Kajelijeli (ICTR-98-44A), decisão de 1º de dezembro de 2003, par. 805; Caso Kamuhanda (ICTR-99-54), decisão de 22 de janeiro de 2004, par 624; Caso Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-A) decisão de 1º de junho de 2001, par. 159.
15. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 523-524; Caso Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-T), decisão de 21 de maio de 1999, par. 93-94; Caso Musema (ICTR-96-13-T), decisão de 27 de janeiro de 2000, par. 166; Caso Bagilishema (ICTR-95-1-A), decisão de 7 de junho de 2001, par. 62-63.
16. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 523.
17. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 478; Caso Bagilishema (ICTR-95-1-A), decisão de 7 de junho de 2001, par. 63; Caso Nahimana et. al. (ICTR-96-11-T), decisão de 3 de dezembro de 2003, par. 957-969; Caso Jelisic (IT-95-10-T), decisão de 14 de dezembro de 1999, par. 47 e 73-77; Caso Musema (ICTR-96-13-T), decisão de 27 de janeiro de 2000, par. 931-934.
18. Caso Rutaganda (ICTR-96-3), decisão de 6 de novembro de 1999, par. 399-340.
19. Caso Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-T), decisão de 21 de maio de 1999, par 527-545.

20. Caso Krstic, (Appeals Chamber), April 19, 2004, par. 34.

21. CASSESE, Antonio. International criminal law. 2 ed. Nova Iorque: Oxford, 2008. p. 140; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. Op. cit., p. 168; HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., pp. 103 e 112; METTRAUX, Guénaël. Op. cit., pp. 204 e 210; SCHABAS, William A. Op. cit., p. 171.

22. A CIP parece não ter seguido esta interpretação dos tribunais ad hoc, vez que em seus Elementos dos Crimes exige, para que se observe o genocídio na modalidade de assassinato, que a conduta tenha lugar em meio a um contexto de violação sistemática (The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction). Aponte-se nesse sentido a observação sobre o estatuto da CIP de Guénaël Mettraux: Although Article 9(3) of the Statute provides that the Elements of Crimes shall be consistent with the Statute, it would appear that, as far as the definition of genocide is concerned, drafters of the Elements of Crimes have, in fact, introduced through this vehicle, restrictions upon the definition of that offence which do not appear in the Statute, in customary international law or in the Genocide Convention.

    The most obvious departure from the definition contained in the Statute (and under existing customary law) is the requirement contained in the Elements of Crimes that the crimes must occur 'in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction'. (…) This, no doubt, limits the risk that an individual might ever be charged with genocide in relation to isolated acts or even events of limited criminal magnitude. (…) One problem of that solution is that customary law does not contain such a requirement. METTRAUX, Guénaël. Op. cit., p. 204.

23. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 118; Caso Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1) decisão de 21 de maio de 1999, par. 94 e 290-291; Caso Jelisic (IT-95-10-T), decisão de 14 de dezembro de 1999, par 100; Caso Musema (ICTR-96-13-A), decisão de 16 de novembro de 2001, par. 928 a 931; Caso Sikirica (IT-95-8-T), decisão de 3 de setembro de 2001, par. 62.

24. William Schabas alcunha a proposta de que uma pessoa atuando individualmente poderia praticar genocídio de Lee Harvey Oswald theory of genocide (SCHABAS, William A. Legal perspectives and analyses was genocide committed in Bosnia and Herzegovina? First judgments of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Fordham Interational Law Journal, Nova Iorque, vol. 25, p. 5, novembro de 2001. Disponível em < http://www.umass.edu/legal/Benavides/Fall2004/397G/Electronic%20Reserve/13%20Schabas.doc> Acesso em 18 de março de 2009). Schabas lança mão de um argumento interessante para desacreditar a teoria: um dos propalados objetivos dos tribunais é punir grandes criminosos internacionais, isto é, indivíduos que exerceram grande influência no cometimento de crimes da alçada do direito internacional penal, o que de modo algum se harmoniza com a proposta de procurar pessoas que a título completamente individual agiram com intenção genocida. Estes pequenos casos, portanto, restariam sobre a competência interna dos Estados. (p.8)

25. Caso Jelisic (IT-95-10-T), decisão de 14 de dezembro de 1999, par. 400.

26. O professor Schabas comenta essa decisão: The definition of genocide contains no formal requirement that the punishable acts be committed as part of a widespread or systematic attack, or as part of a general or organized plan to destroy the group. This would seem, however, to be a implicit characteristic of the crime of genocide, although in the Jelisic case a Trial Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia entertained the hypothesis of the lone genocidal maniac. In the same case, the Appeals Chamber confirmed that 'the existence of a plan or policy is not a legal ingredient of the crime. However, in the context of proving specific intent, the existence of a plan or policy may become an important factor in most cases'. The Darfur Commission, established by the United Nations in 2004, concluded that genocide was not being committed in Sudan essentially because it failed to find evidence of a State plan or policy. SCHABAS, William A. An introduction to the International Criminal Law. 3 ed. Cambridge: Cambridge, 2007. pp. 94-95. A explanação do professor Schabas somada à exigência de sistematicidade dos Elementos dos Crimes, da CIP, e à exigência de que certas ações do tipo objetivo deste crime sejam realizadas em meio a padrões sistemáticos de conduta (vide que o conceito de estupro em Akayesu exige sistematicidade da conduta para que esta importe em genocídio por dano físico grave: caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 598) podem,

talvez, apontar para consolidação de um novo conceito de genocídio que exija a sistematização das condutas.

27. CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. op. cit., p. 168. Esses autores, entretanto, não afastam completamente a hipótese de um indivíduo sozinho cometer genocídio. Essa ocorreria caso o sujeito dispusesse de meios de destruição em massa capazes de per se pôr em risco a existência de um grupo protegido. Explicam: Although by far the less likely, this could occur where a group is particularly small or where the accused has access to powerful means of destruction (such as the use of a nuclear or biological weapon) with genocidal intent. In such a case there is no need for a pattern of similar conduct, since the accused is in a position to pose a real threat to a protected group. Op. cit., pp. 177-178.
28. Caso Bagilishema (ICTR-95-1-A), decisão de 7 de junho de 2001, par. 61-63.
29. Caso Rutaganda (ICTR-96-3-T), decisão de 6 de dezembro de 1999, par. 59-63.
30. "[I]t can be argued that a contemporary interpreter of the definition of genocide should not be bound by the intent of the drafters back in 1948. The words 'to destroy' can readily bear the concept of cultural as well as physical and biological genocide, and bold judges might be tempted to adopt such progressive construction. Recent decisions of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and of the German Constitutional Court suggest that the law may be evolving in this direction." SCHABAS, William A. An introduction to the International Criminal Law. 3 ed. Cambridge: Cambridge, 2007. p. 94. As referências que o professor Schabas faz aos casos Krstic (IT-98-33-T), decisão de 2 de agosto de 2001 e Blagojevic (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, e especialmente ao caso Jorgic Bundesverfassungsgericht, da Corte Federal Constitucional Alemã, da 4ª Câmara, 2° Senado, de 12 de dezembro de 2000, igualmente é feita pelo professor Cassese, que comenta: "Some courts have indeed excluded the forced expulsion of persons belonging to a particular ethnic, racial, or religious group from the notion of genocide. However, in other cases courts have asserted that that expulsion, under certain circumstances, could be held to amount to genocide. Probably the better view is that upheld by the German Constitutional Court in Jorgic, namely that 'systematic expulsion can be a method of destruction and therefore an indication, thought not the sole substantiation, of an intention to destroy' (at §24)." CASSESE, Antonio. Op. cit., pp. 135-136.
31. Caso Blagojevic (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, par. 666.
32. HERIK, Larissa van den. Op. cit., p. 107.
33. SCHABAS, William A. The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone. Cambridge: Cambridge, 2006. p. 169.
34. CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. op. cit., p. 180.
35. METTRAUX, Guénaël. Op. cit., p. 221; SCHABAS, William A. op. cit., p. 171.
36. Caso Krstic (IT-98-33-A), decisão de 19 de abril de 2004, par. 12 e 14.
37. Caso Krstic (IT-98-33-T), decisão de 2 de agosto de 2001, par. 594 e 595.
38. Caso Brdanin, (IT-99-36-T), decisão de 1º de setembro de 2004, par. 703.
39. CASSESE, Antonio. Op. cit., p. 137.
40. In the light of the facts brought to its attention during the trial, the Chamber is of the opinion that, in Rwanda in 1994, the Tutsi constituted a group referred to as "ethnic" in official classifications. Thus, the identity cards at the time included a reference to "ubwoko" in Kinyarwanda or "ethnie" (ethnic group) in French which, depending on the case, referred to the designation Hutu or Tutsi, for example. The Chamber further noted that all the Rwandan witnesses who appeared before it invariably answered spontaneously and without hesitation the questions of the Prosecutor regarding their ethnic identity. Accordingly, the Chamber finds that, in any case, at the time of the alleged events, the Tutsi did indeed constitute a stable and permanent group and were identified as such by all. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 702.
41. Caso Kayishema e Runzidana (ICTR-95-1-T), decisão de 21 de maio de 1999, par. 523 a 526.
42. Caso Rutaganda (ICTR-96-3-T), decisão de 6 de dezembro de 1999, par. 56.
43. Caso Musema (ICTR-96-13-T), decisão de 27 de janeiro de 2000, par. 930 a 935.
44 Caso Bagilishema (ICTR-95-1-A), decisão de 7 de junho de 2001, par. 61 a 65.

45. Caso Ndindabahizi (ICTR), decisão de 15 de julho de 2004, par. 466-469.
46. Caso Semanza (ICTR-97-20-T), decisão de 15 de maio de 2003, par. 317.
47. Caso Kajelijeli (ICTR-98-44A-T), decisão de 1º de dezembro de 2003, par. 813.
48. A Comissão Internacional para Investigação em Darfur, segundo o professor Cassese, adotou o critério subjetivo dos tribunais ad hoc na sua análise da situação naquele país, ao discutir se as chamadas tribos africanas em Darfur formavam um grupo étnico distinto das autodenominadas tribos árabes apesar de compartilharem a mesma língua, religião e cor de pele. CASSESE, Antonio. Op. cit.,p. 140.
49. Caso Jelisic, (IT-95-10-T), decisão de 14 de dezembro de 1999, par. 70.
50. SCHABAS, William A. Op. cit., p. 169; HERIK, Larissa van den. Op. cit., p. 135.
51. Caso Brdanin, (IT-99-36-T), decisão de 1º de setembro de 2004, par. 684.
52. METTRAUX, Guénaël. Op. cit., pp. 224-225.
53. Caso Jelisic (IT-95-10-T), decisão de 14 de dezembro de 1999, par. 71.
54. METTRAUX, Guénaël. Op. cit., p. 225.
55. A CIJ, em sua sentença no Caso Concernente à Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro), rejeitou a abordagem subjetiva negativa para determinar o grupo alvo: The Court recalls first that the essence of the intent is to destroy the protected group, in whole or in part, as such. It is a group which must have particular positive characteristics ¯# national, ethnical, racial or religious ¯# and not the lack of them. The intent must also relate to the group "as such." That means that the crime requires an intent to destroy a collection of people who have a particular group identity. It is a matter of who those people are, not who they are not. (…) The drafting history of the Convention confirms that a positive definition must be used. Genocide as "the denial of the existence of entire human groups" was contrasted with homicide, "the denial of the right to live of individual human beings" by the General Assembly in its 1946 resolution 96 (I) cited in the Preamble to the Convention. The drafters of the Convention also gave close attention to the positive identification of groups with specific distinguishing characteristics in deciding which groups they would include and which (such as political groups) they would exclude. The Court spoke to the same effect in 1951 in declaring as an object of the Convention the safeguarding of "the very existence of certain human groups" (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23). Such an understanding of genocide requires a positive identification of the group. The rejection of proposals to include within the Convention political groups and cultural genocide also demonstrates that the drafters were giving close attention to the positive identification of groups with specific distinguishing well-established, some said immutable, characteristics. A negatively defined group cannot be seen in that way. Caso Concernente à Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro). Sentença de 26 de fevereiro de 2007, pp. 193-194.
56. Caso Bagilishema (ICTR-95-1A-T), decisão de 7 de junho de 2001, par. 65.
57. SCHABAS, William A. An introduction to the International Criminal Law. 3 ed. Cambridge: Cambridge, 2007. pp. 96-97.
58. Caso Niyitegeka (ICTR-96-14), decisão de 16 de maio de 2003, par. 410.
59. Caso Blagojevic (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, par. 669.
60. Caso Ruzindana (ICTR-95-1-A), decisão de 1º de junho de 2001, par. 161.
61. HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., pp. 116-117.
62. SCHABAS, William A. Op. cit., p. 172.
63. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 500 e 501; SCHABAS, William A. Op. cit., pp. 172-173.
64. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 501.
65. Caso Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-A), decisão de 1º de junho de 2001, par. 151.
66. AKSAR, Yusuf. Op. cit., p. 222; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. Op. cit., p. 174; HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 139; SCHABAS, William A. Op. cit., p. 173.
67. Caso Blagojevic (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, par. 642.
68. SCHABAS, William A. Op. cit., pp. 173-174.
69. Caso Krnojelac (IT-97-25-T), decisão de 15 de março de 2002, par. 323-324; Caso Blaskic (It-

95-14-T), decisão de 3 de março de 2000, par. 153; Caso Delalic et. al. (IT-96-21-T), decisão de 16 de novembro de 1998, par. 424; Caso Musema (ICTR-96-13-T), decisão de 27 de janeiro de 2000, par. 215; Caso Krstic (IT-98-33-T), decisão de 2 de agosto de 2001, par. 485.

70. Caso Kordic et al. (IT-95-14/2-T), decisão de 26 de fevereiro de 2001, par. 229.

71. Caso Kordic et al. (IT-95-14/2-T), decisão de 26 de fevereiro de 2001, par. 36; Caso Delalic et al. (IT-96-21-A), decisão de 20 de fevereiro de 2001, par. 422; Caso Kordic et al. (IT-95-14/2-T), decisão de 26 de fevereiro de 2001, par. 229 e 236.

72. AKSAR, Yusuf. Op. cit., p. 224; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. op. cit., p. 174; HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 141; SCHABAS, William A. Op. cit., p. 174.

73. Caso Blagojevic (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, par. 645.

74. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 54

75. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 12B.

76. Não se pode deixar de registrar que em 1997, antes, portanto, da emblemática decisão do TIPR sobre o caso Akayesu firmar o entendimento de que crimes sexuais poderiam caracterizar genocídio, o professor brasileiro Celso D. de Albuquerque Mello já esboçava tal posição: O genocídio é um crime que se pratica tanto nos conflitos internacionais como nos conflitos internos em que o seu autor visa destruir um grupo racial, religioso etc. Ora, a violação sexual atinge o grupo de maneira extremamente danosa no seu aspecto físico e mental. A violação sexual pode criar traumas nas mulheres que ocasionem o medo a uma relação sexual o que evitaria nascimentos nos grupos atingidos levando-os à extinção. O genocídio é um crime contra a humanidade, mas mesmo dentro da denominação genérica deste último a violação sexual se enquadra em outros crimes específicos, por exemplo, o tratamento desumano. MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 435.

77. A inteligência de que o estupro constitui um dos atos que causam dano físico ou mental de modo a importar em genocídio foi adotada pela CIP em seus Elementos dos Crimes, na nota de rodapé sobre o art. 6 (b) do Estatuto de Roma.

78. AKSAR, Yusuf. Op. cit., p. 224; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. Op. cit., p. 174; HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 141; SCHABAS, William A. Op. cit., p. 174.

79. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 731 e 732.

80. Caso Krstic (IT-98-33-T), decisão de 2 de agosto de 2001, par. 635.

81. SCHABAS, William A. Op. cit., p. 175.

82. SCHABAS, William A. Op. cit., p. 176.

83. SCHABAS, William A. Op. cit., p. 176.

84. Caso Blagojevic (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, par. 647.

85. Caso Blagojevic (IT-02-60-T), decisão de 17 de janeiro de 2005, par. 649.

86. HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 142; METTRAUX, Guénaël. Op. cit., p. 238.

87. Caso Kayishema e Ruzindana (ICTR-95-1-T), decisão de 21 de maio de 1999, par. 52; Caso Musema (ICTR-96-13), decisão de 27 de janeiro de 2000, par. 157; Caso Stakic (IT-97-24), decisão de 31 de julho de 2003, par. 517; Caso Sikirica et al. (IT-95-8-T), decisão de 3 de setembro de 2001, par. 42.

88. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 506.

89. CASSESE, Antonio. Op. cit., pp. 133-134; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. Op. cit., p. 175 e HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 142; METTRAUX, Guénaël. Op. cit., p. 239; SCHABAS, William A. Op. cit., p. 177.

90. The fact that such measures have had an effect upon a protected group is not sufficient in itself. This effect must also be shown to have been intended by the perpetrator. No Chamber has yet explicitly dealt with the mens rea required for this particular offence. METTRAUX, Guénaël. Op. cit., p. 241.

91. METTRAUX, Guénaël. Op. cit., p. 241

92. METTRAUX, Guénaël. Op. cit., p. 241.

93. Caso sobre a aplicação da Convenção de Prevenção e Punição do crime de Genocídio (Bósnia Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro), decisão de 26 de fevereiro de 2007, par. 354.

94. CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. op. cit., p. 176.

95. Ibid.

96. Curioso exemplo de que a transferência de uma população, na verdade de uma cidade inteira,

pode ser conduzida nos estritos termos da legalidade é o caso Noack e outros vs. Alemanha da Corte Européia de Direitos Humanos. Caso Noack e outros vs. Alemanha, decisão de 25 de maio de 2000, par. 11 a 14.

97. METTRAUX, Guénaël. Op. cit., p.241; Nesse sentido, o autor francês acrescenta: The crime of 'conditions of life calculated to bring about the group's physical destruction in whole or in part' must also be distinguished from the mere casualties of war. [...] [T]he siege of a city, for instance, even as grin and unacceptable a siege as that of Sarajevo during the Bosnian conflict, or the blockading of a country or the systematic bombing of a town, does not per se qualify as a genocidal act unless those military measures are pushed to such a limit that they demonstrate beyond reasonable doubt that the warring party is seeking the annihilation of the other side, not just its military defeat. Ibid.
98. Caso Sikirica (IT-95-8-T), decisão de 3 de setembro de 2001, par. 85; Caso Stakic (IT-97-24-T), decisão de 31 de julho de 2003, par. 557; Caso Brdanin (IT-99-36-T), decisão de 1º de setembro de 2004, par. 118.
99. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 507 e 508; AKSAR, Yusuf. Op. cit., p. 226; CASSESE, Antonio. op. cit., p. 134; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. op. cit., p. 176; HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p.. 143; METTRAUX, Guénaël. Op. cit., p.. 242; SCHABAS, William A. p. 178.
100. Ibid.
101. HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 144.
102. Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), decisão de 2 de setembro de 1998, par. 507 e 508.
103. METTRAUX, Guénaël. Op. cit., p. 242.
104. HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 144; METTRAUX, Guénaël. Op. cit., pp. 242-243; SCHABAS, William A. Op. cit., p. 178.
105. Ibid.
106. HERIK, Larissa J. van den. Op. cit., p. 144.
107. Ibid.
108. CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl e WILMSHURST, Elizabeth. op. cit., p. 177. Nesse sentido, os referidos autores expõem o exemplo de que, em 1997, a Australian Human Rights and Equal Opportunities Comission declarou ter acontecido esta modalidade de genocídio na Austrália quando crianças aborígenes foram assimiladas pela sociedade não-aborígene. Ibid.
109. AKSAR, Yusuf. Op. cit., p. 227; METTRAUX, Guénaël. Op. cit., p. 243; SCHABAS, William A. Op. cit., p. 144.
110. Caso Al Bashir (ICC-02/05-01/09), decisão de 4 de março de 2009, par. 120.
111. ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 296.

JUSTICIA PENAL Y DERECHOS HUMANOS

Emma M. Bremauntz
Catedrática por oposición, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

1. LOS DERECHOS HUMANOS PREVISTOS Y GARANTIZADOS CONSTITUCIONALMENTE

El reconocimiento de la existencia de ciertos Derechos que resultan, no de una declaración legal sino de la naturaleza misma del ser humano, ha sufrido, a través de la historia, avatares sin fin que han conducido, en algunas épocas y por muchos legisladores y gobernantes, inclusive por muchos teóricos, a su desconocimiento y negación.

Sin embargo, podríamos afirmar que en especial los decenios finales del siglo pasado estuvieron impregnados de un impulso internacional, propiciado por la Organización de las Naciones Unidas, en el sentido de hacer un reconocimiento de estos Derechos, llamados Humanos, como absolutos e innatos de toda persona humana.

Una de las formas de dicho reconocimiento consistió en la creación de organismos que en principio deberían tener un carácter civil, autónomo e independiente del Estado, precisamente para impulsar el respeto de los Gobiernos a estos Derechos Humanos.

Históricamente, los Derechos humanos se concibieron como "naturales" por considerárseles absolutos en cuanto que no se les puede ceder ya que están irremisiblemente unidos al ser de los hombres en sentido neutro, y no pueden negárseles a ninguna persona.

Kant afirma que lo único que importa es el hecho de que los seres humanos son seres racionales dotados de voluntad y que por el hecho de serlo están en un plano de igualdad con cualquier otro ser racional y en la medida en la cual su voluntad o deseo sea racional, actúa autónomamente sobre la base de los principios requeridos por su naturaleza racional o por la índole de cualquier otro ser también racional.[1]

No siempre se ha dado en las sociedades humanas este reconocimiento; por ejemplo, en lugares donde la esclavitud era reconocida como legal, los seres humanos estaban concebidos de dos formas ya que los libres sí eran humanos poseedores de derechos y reconocimiento de libertad, de ciudadanía y de familia, pero los esclavos eran hombres y cosas, propiedad de sus dueños y no personas al carecer de estos tres estados.

En el Derecho moderno ha de considerarse que todo hombre es persona, pues este carácter es esencial e inseparable del hombre de acuerdo con su naturaleza de ser racional con una dignidad que debe ser reconocida y respetada y por ello, considerársele libre y responsable para regular su actividad, proponerse objetivos y límites en el obrar. Debe entonces ser primaria para el Derecho, una categoría ontológica y moral, no sólo histórica y jurídica.

Ahora bien, su calidad de persona poseedora de valor y dignidad implica el respeto por sí misma, en la medida en que contribuye a la justa distribución de los beneficios y las cargas, teniendo el reconocimiento de la importancia esencial que existe en cuanto a los derechos de los individuos, el reconocimiento de sus obligaciones como correlativas.

Por ello es válido afirmar que cuando, con justicia se sanciona a una persona y se la encierra para purgar su culpa, no se la despoja de su derecho humano a la libertad sino de ciertas oportunidades para ejercer este derecho. Sin embargo, la negación injusta de ese derecho o cualquiera otro derecho humano sí produce daño moral o perjuicio a la persona, en una categoría totalmente diferente de la que corresponde a la violación de un derecho especial, como el que puede derivar del incumplimiento de un contrato.

No se hace necesario el reconocimiento legal expreso de la calidad de persona para el ser humano ya que ésta es un *prius* para el Derecho, pues la persona no empieza con el Derecho, sino que es una realidad que ya existe fuera y antes del Derecho.[2]

Así pues, persona es un ser que por tener no sólo instintos, sino también entendimiento y libertad, es capaz de sentir necesidades morales, tanto en relación con su cuerpo como respecto a su espíritu y por ello también tiene derecho a satisfacer esa doble clase de necesidad.

Se implica que tiene dignidad en cuanto a la superioridad o importancia que corresponde a un ser, independientemente de la forma en que se comporte; por ejemplo cuando se habla de la dignidad de la persona humana no se hace referencia sólo al valor de los hombres que actúan rectamente sino a que todo hombre, por el hecho de ser persona, tiene una categoría superior a la de cualquier ser irracional.[3]

Esta categoría o dignidad de toda persona humana es completamente independiente de la situación en que uno pueda hallarse y de las calidades que posea. Entre dos hombres de distinta inteligencia no cabe duda de que, en igualdad de condiciones, es el mejor dotado el que puede obtener más ventajas, pero esto no le da ningún derecho a proceder como si el otro no fuera igualmente una persona. Y lo mismo puede afirmarse si se compara un hombre que obra moralmente bien y otro cuya conducta es reprochable. La dignidad de la persona no es superioridad de un hombre sobre otro, sino la de todo hombre, en general, sobre los seres que carecen de razón.[4]

Se dice que las diferencias entre los hombres, sean adquiridas o naturales, deben subordinarse a los principios de "dignidad de la persona humana" que requiere que todos satisfagan sus necesidades materiales y espirituales; al de "igualdad", que no se opone al legítimo provecho personal de cada cual, pero que implica comportarse de tal forma que no sólo se respeten los derechos de los demás, sino que activamente se procure el mayor bien posible para ellos: el bien común.

Esta idea de persona que si bien tiene sus raíces en una concepción cristiana de la vida, es defendida y desarrollada por la doctrina jusnaturalista. La ética y la filosofía kantiana atribuyen al hombre, por ser persona, una dignidad por la cual debe considerarse al hombre como un fin en sí mismo. "Los seres irracionales tienen solamente un valor relativo, como medios, y por ello se llaman *cosas;* en cambio, los seres racionales son llamados *personas,* pues su naturaleza les distingue ya como fines en sí mismo, esto es, algo que no está permitido emplear simplemente como medio."[5]

Precisamente de este planteamiento resulta para Kant el primer principio de toda su Ética, el imperativo ético fundamental: "Obra de tal forma que utilices a la humanidad, tanto en tu persona como también en la persona de cualquier otro, en cuanto fin, nunca en cuanto un simple medio."

En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de 1948, en su artículo 1º declara que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos..." y proclama en el artículo 6° que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica."

El imperativo kantiano influye decisivamente inclusive en el lenguaje de la iglesia católica que encontramos en la Encíclica *Pacem in Terris* de Juan XXIII que expresa que "En toda comunidad bien organizada y fecunda, hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre y que por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes, que al ser universales e inviolables, también son absolutamente inalienables."

En el Derecho español se reconocen como características de los derechos de la persona que:

1. Son derechos *innatos* u originarios, en cuanto nacen y se extinguen con la persona, sin necesidad de que concurra circunstancia, requisito o formalidad alguna.
2. Son derechos *necesarios* en cuanto corresponden a toda persona y, por tanto, el Ordenamiento tiene que reconocerlos necesariamente, si bien pueden suprimirse o suspenderse total o parcialmente, como es el caso del derecho a la vida del condenado a muerte, o el derecho a la libertad del condenado a prisión.
3. Son derechos *privados* en cuanto garantizan a su titular el disfrute y protección de su propia persona en la esfera del Derecho privado, sin perjuicio de que sean también protegidos por el Derecho público (Derecho Administrativo, Derecho Penal, etc.)
4. Son derechos *absolutos* o de exclusión en cuanto son oponibles frente a todos, incluso frente al Estado (*erga omnes)*; es decir, confieren un poder inmediato y directo sobre el bien de que se trate y cualquiera tiene la obligación de respetarlos y no lesionarlos. No son, en cambio, absolutos (ilimitados) en cuanto a su contenido, pues "están condicionados a las exigencias de orden moral y las de orden público que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común."[6]
5. Son derechos *extrapatrimoniales* en cuanto no son susceptibles de valoración económica. Sin embargo, aunque no contienen en sí una inmediata utilidad de orden

económico, ante la imposibilidad de reparación *in natura*, se admite la reparación económica por los daños morales a que haya dado lugar la violación del derecho, aparte de la reparación en dinero de los posibles daños económicos.

6. Son derechos *inherentes* a la persona, en cuanto se encuentran necesarios vinculados a esta, razón por la cual se les denomina derechos personalísimos o de la personalidad. De este carácter se derivan, a su vez otros de orden negativo: a) son intransmisibles e indisponibles, b) son irrenunciables, c) son inexpropiables e inembargables, d) son imprescriptibles y e) no son susceptibles de acción subrogatoria.

También se hace una clasificación de los derechos de la personalidad de derechos relativos a la *esfera corporal* o física de la persona y derechos sobre la *esfera espiritual* o moral de la misma.

Entre los primeros encontramos: derecho a la vida, derecho a la integridad física y derecho a la libertad. Entre los segundos se incluyen: derecho al honor, derecho a la intimidad, derecho a la propia imagen y derecho al nombre.

De los primeros se considera el más importante el derecho a la vida, pues es el que permite a la persona realizar su destino; ningún otro derecho es realizable sin éste y es connatural al hombre porque la vida no tiene puramente un valor individual sino también familiar y social, lo cual explica que la defensa de la vida constituya uno de los casos que pueden eximir de responsabilidad criminal.

La Constitución mexicana aunque no hace una declaración expresa de considerarlo como más importante respecto a los demás derechos consagrados como garantías constitucionales, sí lo protege expresamente al señalar en su artículo 14:

> Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Se hace, en este precepto, referencia clara a los derechos protegidos: la vida, la libertad, propiedades, posesiones y derechos, con la desafortunada expresión de que cumpliéndose las formalidades procesales y legales, aún se conserva la posibilidad de privar de la vida a las personas. Sin embargo aún cuando es una suerte de "horca caudina" suspendida sobre la cabeza de todos los militares y más remotamente de los civiles, ha quedado hace ya mucho tiempo solamente como una amenaza constitucional, aunque para mi criterio, aún así debería desaparecer.

La Constitución española señala que "todos tienen derecho a la vida y queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes militares en tiempo de guerra", con lo que se defiende y consagra el derecho a la vida y se hace una cierta reserva al derecho castrense y sólo en caso de guerra.

El derecho a la integridad física, entendido como el derecho de la persona sobre su propio cuerpo y atributos corporales, se encuentra explícitamente reconocido en el párrafo primero del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al señalar que:

> Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.
>
> .....

Con ello se proscriben las penas bárbaras que otrora sirvieron a una justicia penal cruel, quizá apropiada para un mundo medieval cruel, pero absolutamente inaceptable para una sociedad que reconoce lo innecesario de la brutalidad penal y que sabe que el castigo salvaje no sirve ni al ser humano ni a la sociedad.

Este artículo y las leyes de él derivadas, sirven para precisar la integridad física y la dignidad de todo ser humano, especialmente vulnerable cuando se encuentra privado de su libertad en virtud de una sentencia condenatoria o sujeto a una investigación, prohibiéndose las penas que tengan un carácter inusitado y trascendental, es decir, tanto las no previstas en la legislación como las que pudieran afectar a persona distintas al inculpado y ajenas al delito cometido.

Se vincula este precepto con el párrafo cuarto del artículo 19 de la misma Carta Magna al referirse a la detención ante autoridad judicial y a la fracción II del artículo 20 en su parte primera, referida a las garantías del inculpado en todo proceso penal.

> "Párrafo cuarto, Art. 19. Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades."

"Art. 20. En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

.....

fr. II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura.....

....."

En cuanto al Derecho a la libertad que se considera como una consecuencia de la condición de persona que todo ser humano tiene, ha de entenderse como el derecho a actuar libre y responsablemente sin más límites que los que la ley, la moral y el orden público imponen, pues todo deber supone libertad.

La libertad que capacita al hombre para obrar por deber y no solamente por instinto es también la que lo hace ser persona y no un simple animal, como dice Antonio Millán, pues hace diferentes a las personas, de los animales y de las cosas. Se dice que todo hombre es persona por tener cierta libertad, aun en las peores circunstancias y aunque sea una libertad limitada, no suprime la categoría de personas sino las mantiene como "persona humana." [7]

La libertad como Derecho humano desde luego es un concepto muy amplio que abarca varios aspectos o libertades especiales, protegidas constitucionalmente, como:

La libertad y la seguridad personal, que se encuentra reconocida en los artículos constitucionales siguientes:

El Art. 14, en su párrafo segundo, ya comentado, al establecer como requisito para cualquier acto de privación de bienes la celebración de un juicio legal por tribunales previamente establecidos y sometido a leyes preexistentes.

El Art. 16, al prohibir actos de molestia sin el mandamiento escrito por autoridad competente, debidamente fundado y motivado en la causa legal del procedimiento.

El Art. 18 párrafo primero, al señalar que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva, en sitio diferente de la correspondiente a la extinción de la pena de prisión.

El Art. 19 en su párrafo primero, al establecer términos precisos para la detención ante autoridad judicial, la declaración del auto de formal prisión debidamente fundamentado en los datos que arroje la averiguación previa que deberán ser los necesarios para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado, y solamente prorrogables en el caso preciso que se especifica en el texto. Se ordenará la liberación del detenido si no se recibe copia del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, previa consulta con el juez.

El art. 103 y el 107, en los cuales se fundamenta el juicio de amparo o de protección de garantías que es un procedimiento judicial para garantizar la legalidad en el ejercicio del poder público y para proteger los derechos de los individuos frente a las autoridades, al otorgar precisamente la protección y amparo de la justicia federal.[8]

Se encuentran previstas también en nuestra constitución, la libertad ideológica, religiosa y de culto, en el artículo 24, el Derecho a circular libremente por el territorio nacional y elegir igualmente el lugar de residencia, en el art. 11, el Derecho a la inviolabilidad del domicilio que también prevé el art. 16 en el párrafo octavo y en el decimotercero, el derecho al secreto de las comunicaciones, en el párrafo décimo segundo el multicitado artículo 16.

Se protegen también los derechos a la libre expresión del pensamiento, producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a la libertad de cátedra y a comunicar y recibir libremente información, previstos en el art. 6 y en el párrafo primero del art. 7 de la misma Carta Magna, así como la libertad de escoger profesión contemplada en la parte primera del artículo 5.

Igualmente, se protege el derecho de asociación o reunión que fuera perseguido en otros tiempos inclusive penalmente, siempre y cuando sea pacífico, en el párrafo primero del artículo 9 y la libertad de enseñanza y creación de centros docentes, como derecho a la educación, en el párrafo primero del artículo 3º.

Relacionados con el derecho de asociación comentado en el párrafo anterior, se establecen asimismo el derecho a la sindicación y el derecho de huelga en el artículo 123, fracs. XVI y XVII. Se han consagrado asimismo otros Derechos que realmente se contemplan como meras declaraciones como el Derecho al Trabajo o a la salud, que si bien tienen el carácter de derechos humanos, la posibilidad material de cumplirlos los deja en ese estado declarativo.

2. DERECHOS HUMANOS. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

Los Derechos humanos han sido distinguidos de los demás derechos de los hombres al reconocérseles como derechos naturales, al sostenerse que tienen su fundamento en la propia naturaleza,

o bien como derechos originarios o innatos ya que se afirma que nacen con el hombre y no requieren de ninguna otra condición.[9]

También se les ha denominado derechos fundamentales o esenciales del hombre, cuando se afirma primero, que sirven de fundamento a otros más particulares, subordinados a ellos y que son esenciales porque son permanentes e inherentes al ser humano.

La expresión "derechos individuales" aún se reconoce y, por ejemplo, en nuestro país se utiliza como "garantías individuales" contempladas en la Constitución Política, como comentamos en el inciso anterior, reconociéndose que el individuo humano lo es como una unidad de su especie pero es persona, a diferencia de los seres del resto del mundo animal. Ello da lugar a otro sinónimo de mayor calidad: derechos de la persona humana o del hombre, cuya individualidad tiene carácter personal.

Existen otros sinónimos que hacen referencia al origen y sentido trascendente de estos derechos y se puede afirmar que todos se orientan a realzar la dignidad y la autonomía de la persona humana, contemplada dentro del marco de la convivencia social y del régimen político ya que el hombre tiene una naturaleza que observa exigencias provenientes del orbe del valor que deben ser reconocidas en el ámbito cultural de la vida humana denominado mundo jurídico-político.[10]

Se puede afirmar que la existencia de un sistema de Derechos humanos constituye un poderoso argumento en favor de la legitimidad de un ordenamiento jurídico y refuerza la obligación de obediencia que se tiene respecto a éste, pero a partir de su reconocimiento, no *a posteriori* mediante una jurisprudencia analítica, sino como una reflexión preliminar al mismo.

De ahí se concibe la visión dualista de los derechos fundamentales que "*constituyen una categoría jurídica del Derecho positivo y sólo adquieren eficacia allí donde éste los reconoce; pero no son un invento del Derecho positivo sino que, al margen y con independencia de las determinaciones del poder, encarnan unos valores costosamente labrados desde la filosofía del humanismo, valores que gozan de un fundamento suficiente y en favor de los cuales es posible aportar razones morales. Justamente, en eso consiste fundamentar los derechos, en mostrar las razones que imponen o respaldan el deber moral de su reconocimiento jurídico.*"[11]

Algunos autores consideran que los Derechos humanos o fundamentales carecen de un significado técnico jurídico preciso y bien delimitado, debido quizás a su fuerte carga emotiva y su dimensión moral. Los Derechos Humanos se han convertido en uno de los terrenos más fértiles de la demagogia política y de la insustancialidad teórica.

Tal vez por esa carga emotiva o porque tienden a situarse en la frontera del orden jurídico, donde éste deja de serlo para enlazarse con alguna utopía ética, pero parece que los Derechos humanos se hallan sometidos a un abuso lingüístico que hace de ellos una bandera de colores imprecisos, capaz de amparar ideologías de cualquier color ya que todos los credos políticos se proclaman adalides de los Derechos humanos y ninguna revolución ni reacción de los dos últimos siglos ha dejado de exhibir en su programa la defensa de los "verdaderos" derechos del hombre. Sin embargo, es evidente que no todos implican los mismos objetivos ni tienen una misma idea acerca de lo que dicen defender.

Es algo semejante a lo que en los primeros años de este siglo ha sucedido en nuestro país en el cual todos los políticos hablan de la vigencia del Estado de Derecho sin entender su significado que permanentemente es violentado con las actitudes arbitrarias o corruptas de algunas autoridades.

Prieto Sanchis, a quien hemos citado líneas arriba, señala que el núcleo de certeza o contenido mínimo del concepto de Derechos humanos comprende dos elementos:

El primero que identifica a los Derechos humanos como la traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad, como el vehículo que en los últimos siglos ha intentado conducir determinadas aspiraciones valiosas de las personas desde el mundo de la moralidad a la órbita de la legalidad.

El segundo que significa la calidad legitimadora del poder que asumen los derechos que se erigen en reglas fundamentales para medir la justificación de las formas de organización política y por tanto, para que éstas se hagan acreedoras de la obediencia voluntaria de los ciudadanos.[12]

3. LA VISIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los Derechos humanos en cualesquiera de sus concepciones han sido reconocidos por diferentes ordenamientos legales y definidos por una gran cantidad de filósofos del Derecho y escuelas y corrientes filosóficas y jurídicas.

Sin embargo, no es la idea de este trabajo profundizar en los aspectos históricos y el origen de estos derechos sino analizar primero su reconoci-

miento más cercano que ha significado la relación entre los derechos humanos y la justicia penal, por ser quizá el área en la cual con mayor facilidad pueden ocurrir las violaciones a estos derechos.

El reconocimiento de los Derechos humanos, con una visión ya más sistemática aún cuando no de una absoluta uniformidad, deriva en mi criterio de la visión internacional que se tiene a partir del siglo pasado de los multicitados Derechos.

Encontramos que la **Declaración internacional de los Derechos Humanos**, adoptada por el Instituto de Derecho Internacional de Nueva York en 1929, es el antecedente directo de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), pero realmente la internacionalización de los Derechos del hombre se inicia en 1945, en el seno de la misma Organización que, a su vez, dio lugar a la Organización de los Estados Americanos y a la Comunidad europea que, sin embargo, no son las únicas organizaciones e instituciones que buscan obtener la tutela de los Derechos fundamentales que se promueven en todo el mundo mediante la promoción y firma de tratados y convenciones sobre la materia.

En 1945, la Carta de las Naciones Unidas fue en realidad el heraldo de la preocupación de los Derechos humanos que reafirma, en su preámbulo, la *fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana, en la igualdad de hombres y mujeres,* y más adelante confirma la determinación de los pueblos de las Naciones Unidas para promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad.[13]

En esta etapa, faltaba la enumeración de los derechos que considerados fundamentales deberían garantizarse, cuestión que se consolida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que constituye, pudiéramos decir, el primer catálogo intencional de estos derechos al enunciar:

Los Derechos Civiles y Políticos, los Derechos Económicos y Sociales, poniendo énfasis en la igualdad y la libertad frente a la discriminación, constituyendo la estructura sustantiva adecuada y necesaria para la creación de una maquinaria de protección, por lo que se convirtió en un vínculo importante para generar una conciencia general, un cierto ambiente entre los Estados americanos y se le consideró como la guía para el contenido de los derechos y deberes fundamentales de la persona humana y así se constituyó en la base para la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1959.

En 1966 surgen los primeros mecanismos contemplados en dos pactos denominados: uno Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y otro Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entraron en vigor en 1976 y contaban hasta 1998 con 90 y 71 Estados adherentes respectivamente.[14]

En 1969 se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Convención de San José y dieron las bases definitivas para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que de alguna manera operaba desde 1960. Esta Convención establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica. El mismo año, aunque en un ámbito más limitado, se pactó la Convención Americana de Derechos del Hombre, subsiguiente de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá, celebrada en 1948.

Sin duda, la Carta constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas, llamada también Carta de San Francisco, firmada en ese lugar el 26 de Junio de 1945, fue el punto de partida para el desarrollo del reconocimiento internacional de los Derechos Humanos, así como del mismo derecho internacional actual que sobrepasó así los ideales de la Sociedad de las Naciones, la Carta del Atlántico de 1941, la Declaración de las Naciones Unidas de 1942 y los demás antecedentes normativos que la historia reconoce respecto a los Derechos Humanos.

Se mencionan de diferentes formas los Derechos humanos en la Carta de la ONU, en el preámbulo que ya comentamos así como en los artículos 13, 55, 56, 62, 68 y 76, a partir de que en el Capítulo Primero, en el título de Propósitos y Principios, se enumeran los objetivos de las Naciones Unidas, señalándose en el numeral 3: el de *realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.*

Igualmente, en el inciso b) del artículo 13 de la Carta, se establece entre otras, como atribución de la Asamblea General la de *ayudar a hacer efectivos los Derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.*

El citado artículo 55 en su inciso c) señala como cometido de la Organización el de promover *el respeto universal a los Derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos y libertades.* Lo cual se complementa en el artículo 56 que señala que los Estados miembros *se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55.*

En realidad, la firma de la Carta de la ONU que la constituye, es además un tratado multilateral suscrito y ratificado, ya actualmente, por casi todas las naciones del mundo, incluyendo aquellas que surgieron mucho después de la constitución de las Naciones Unidas.

Por ello se debe considerar que las normas contenidas en la Carta tienen un alcance histórico único, pues a partir de ella, en especial los Derechos humanos de los individuos en cada Estado, dejaron de ser asunto de jurisdicción interna y por primera vez en la historia de la humanidad, los Estados asumieron la obligación legal internacional de respetar estos Derechos de todos los seres humanos que viven dentro de sus fronteras.

Es a partir de ese momento que las Naciones Unidas pudieron exigir a sus Estados miembros que rindieran cuentas ante ese máximo organismo internacional frente a la violación de los Derecho humanos y no resulta válido jurídicamente alegar que con dicha actitud se lesiona la soberanía de los Estados por cuanto ellos admitieron, al suscribir este tratado multilateral, ceder cierta soberanía respecto a esta materia.

Aún cuando la Carta no contiene ni una definición ni una enumeración de los Derechos humanos se deriva de ella misma la posibilidad de incluir derechos y libertades que la ONU vaya determinando, por actos posteriores y mediante los procedimientos de aprobación de sus documentos y propuestas.

Precisamente la recomendación de la UNESCO recoge la interpretación evolutiva del concepto de Derechos humanos y determina que son aquellos que se especifican en la Declaración Universal de los Derechos humanos y en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[15]

Originalmente, en la Conferencia de San Francisco en la cual se aprobó la Carta de la ONU, se había adjuntado una declaración sobre los derechos esenciales del hombre pero por la amplitud de su contenido, se consideró que requería un tiempo excesivo por lo que se decidió posponer su sanción para otro momento aún cuando su contenido general quedaría implícito en la Carta de la ONU. Posteriormente, en 1946 en la reunión de la Asamblea General de la Organización celebrada en Londres se analizó un proyecto que posteriormente pasó por el Consejo Económico y Social y por la Comisión de Derechos humanos para luego introducirse en un comité de redacción.

Para 1947 la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas comenzó a referirse a una Carta Internacional de Derechos humanos que comprendería una Declaración, una Convención que se sancionaría bajo la denominación de Pacto y algunas otras medidas de aplicación.

Fue así como finalmente vio la luz la aprobación y proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos como primer instrumento que se aprobó por la Asamblea General en su reunión en París el 10 de diciembre de 1948 con 48 votos a favor y ninguno en contra, con 8 abstenciones, documento en el cual se reafirman no sólo los derechos inalienables de todo ser humano sino que proclama otros jamás expresados hasta entonces en ningún otro documento.[16]

Sin duda, el respeto a los Derechos humanos es una aspiración de todos los pueblos de todas las naciones, por lo cual la legislación internacional, más que ninguna otra, marca las tendencias en cuanto a ideales y principios filosóficos que han alcanzado cierto consenso en cuestiones que son fundamentales para la convivencia internacional por ser portadores de un ideal de aceptación mundial, generándose así obligaciones y derechos para los Estados que suscriben los documentos o tratados multilaterales que los contienen para procurar su vigencia permanente independientemente de los cambios que acontezcan en las sucesiones gubernamentales.

Con esta Declaración se pretende establecer verdaderos modelos de conducta internacional que se intenta mantener efectivos en medio de la turbulencia de los hechos internacionales que muchas veces hace difícil una aplicación como es querida y que exige de los hombres y de los gobiernos un esfuerzo permanente en la ponderación y en el equilibrio en especial de los Derechos humanos, cuya protección en definitiva debe interesar tanto a los gobernados, como a los gobernantes, porque se ha creado e institucionalizado en beneficio de todos los hombres.

Es un hito en el momento actual, en que revelaciones de violencia y abuso se presentan internacionalmente y se conservan internamente en nuestros pueblos por lo que su conocimiento demanda una constante supervisión y estudio en búsqueda de un "ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en la Declaración, difundiéndola mediante la enseñanza y la educación y luchando por el respeto de estos derechos y libertades, aseguren, con medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como en los que no lo sean, aún los colocados bajo su jurisdicción."[17]

4. PODER PENAL DEL ESTADO. LA LEGITIMACIÓN DEL EJERCICIO DEL *JUS PUNIENDI*

El hombre es un animal gregario en el que la vida asume manifestaciones muy complicadas por lo que sus sociedades, como las de todos los animales gregarios, presentan una estructura de poder, con grupos que dominan y grupos que son dominados, con sectores más cercanos o más lejanos a los centros de decisión y conforme a esta estructura, se puede controlar socialmente, al menos se intenta, la conducta de los hombres, control que se ejerce sobre todos los grupos para conservar el propio poder.

Es notoria la extensión y complejidad del fenómeno del control social que se demuestra en las sociedades, cuando son más o menos autoritarias o más o menos democráticas, según sea más o menos amplio el control social vigente, no solamente el control social institucionalizado o explícito sino también el control social implícito.

Este control social, necesario para la convivencia pacífica de los pueblos, es amplísimo y no siempre resulta evidente, utilizándose a veces medios más o menos difusos y encubiertos y otras veces abiertos y explícitos, como resulta el sistema penal que se encuentra integrado por la policía, los jueces, el personal penitenciario y en general todos aquellos que trabajan para el área penal.[18]

En el campo de los Derechos humanos, las libertades del ser humano, los derechos públicos subjetivos, los derechos del gobernado o garantías constitucionales de las personas nacieron universalmente con una fuerte carga de defensa contra las autoridades en el fuero de lo penal, a través de todos los tiempos y todas las sociedades.

Si bien todas las ramas de la normatividad jurídica precisan regulaciones a la conducta humana o prevenciones relacionadas con ella, que afectan la libre determinación y actuación de los seres humanos, ha sido necesario por no llamar indispensable, legitimar esta intromisión de las autoridades en las libertades de las personas por lo que se ha hecho indispensable hacer un cesión parcial de nuestros derechos y libertades para permitir que se normen jurídicamente, mediante la coacción de un órgano estatal que imponga sus determinaciones.[19]

El Derecho Penal, que es un derecho represivo por naturaleza, lleva a cabo esa afectación en valores destacadísimos del individuo, su vida, su libertad, su integridad corporal, su desplazamiento, sus propiedades y posesiones, así como el ejercicio de otros derechos o libertades connaturales a él.

Es por ello que cuando nacen los primeros documentos mediante los cuales el soberano, las autoridades en general y el Estado reconocen no sólo los derechos fundamentales del individuo sino la manera legal de afectarlos, haciéndose mención de respetar a la persona humana al verse afectados estos valores esenciales, principalmente en el campo del Derecho Penal.

El sistema penal es la parte del control social que resulta institucionalizado en forma punitiva y por ello llamado control social punitivo institucionalizado que en la práctica abarca desde que se detecta o sospecha la ejecución de un delito hasta que se impone y ejecuta una pena bajo el imperio de la ley que institucionaliza el procedimiento, la actuación de los funcionarios y señala los casos y condiciones para actuar. Esto es a lo que se llama sistema penal que además incluye, de manera más amplia, la actividad del legislador, del público, de la policía, de los jueces y funcionarios de la procuración de justicia y de la ejecución penal.[20]

Es importante enmarcar al Derecho Penal dentro del sistema penal y de control social para no caer en la ficción de que se respetan los Derechos humanos cuando en realidad las violaciones se cometen por la vía de sustraer en lo penal aspectos materiales de la punición o peor aún, introducir en el ámbito legal del sistema penal aspectos de punición de discursos diferentes.

Porque si bien la justificación del poder punitivo del Estado se da ante la necesidad de hacer posible la convivencia social pacífica de los hombres, encausando su conducta externa a través de normas jurídicas que se imponen por medio del

poder coercitivo del estado y cuya sistematización está inspirada en ideas del más alto valor ético y cultural para obtener la paz y la seguridad sociales, es precisamente el conocimiento de estas ideas y valores lo que debe fundamentar el derecho a la sanción penal que ejerce el Gobierno sin llegar al exceso en la aplicación de penas y procedimientos y por ende a un exceso en la ejecución de las sanciones, aún bajo la observancia de la ley vigente.

Es así que la Constitución Política de un Estado de Derecho constituye el primer ordenador del sistema penal que tiene o debe tener un determinado contexto social; sin embargo, un Estado de Derecho de corte democrático no sólo es aquel que se ciñe a un orden jurídico sino que reconoce y respeta los derechos del hombre y se auto limita en virtud de esos derechos.[21]

El Derecho Penal o *jus puniendi* representa una potestad cuya titularidad es compartida por los tres poderes del Estado. Así, al Poder Legislativo le corresponde generar las leyes sobre penas para los autores de conductas infractoras a las normas penales, el Poder Judicial se ocupa de aplicar las penas en los casos concretos luego del correspondiente proceso penal y al Poder Ejecutivo le corresponde la ejecución de la sentencia condenatoria y el cumplimiento de las penas, cuyo ejercicio debe estar limitado por el reconocimiento y respeto de los Derechos humanos.

En suma, el sistema penal entendido como el conjunto de medidas de control social de carácter penal, constituye un sector de las medidas estatales adoptadas para el logro de las funciones encomendadas al propio Estado. Igualmente, la legislación penal sustantiva constituye un aspecto del sistema de justicia penal institucionalizado, es decir, del sistema de justicia penal. Es un instrumento en manos del Estado y como tal, sirve para los fines de éste y debe revestir las características especiales de cada Estado.

Es decir, si el Estado que lo detenta posee un régimen jurídico y político que limita su soberanía y poder penal, es probable que el Derecho Penal y todos los demás sectores del control penal sean utilizados limitada y ponderadamente por sus representantes en su ejercicio, respetando los derechos humanos. En cambio, si el Estado posee un régimen diferente que permita un desbordamiento de su poder, el Derecho Penal será utilizado, seguramente de manera ilimitada, como medio para someter y manipular al individuo.

Porque de cualquier forma, aún cuando un Estado consagre en su ley fundamental el reconocimiento de determinados derechos del hombre y formalmente se auto limite, no es garantía suficiente para que el control penal sea utilizado sólo dentro de estos límites constitucionales y haya un total respeto de los Derechos humanos.

Teóricamente, a mayor reconocimiento de los Derechos humanos en el ámbito legislativo, menor será el alcance del poder punitivo, en razón de una mayor autolimitación y, a menor respeto de los Derechos humanos, corresponderá un mayor abuso del poder.

En general, el Estado está legitimado para adoptar las medidas necesarias con el fin de prevenir y reprimir las conductas criminales, pero cuando se ha optado por el ejercicio del Derecho Penal, debe tener en cuenta los siguientes principios:

1. El Derecho Penal deberá intervenir como último recurso, ya que no le corresponde corregir toda conducta desviada de los ciudadanos, pues el Estado cuenta con otros recursos y medidas no punitivas. Como señala Claus Roxin, *el Derecho penal es un medio resultado de la reflexión científica sobre los presupuestos de la coexistencia social y medio para defender la libertad contra ataques de terceros.*[22]
2. Aunado a lo anterior, está el principio del bien jurídico, pues la tutela penal debe utilizarse solamente para bienes jurídicos esenciales que permitan un desarrollo armónico en sociedad. Otros bienes de menor importancia deberán estar protegidos por legislaciones secundarias y con sanciones de tipo administrativo.

   La imposición de una pena sólo está justificada donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insoportable la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos y no sean adecuadas para impedirlo otras medidas jurídicas y político- sociales menos radicales.[23]
3. El Derecho Penal debe partir de una culpabilidad de acto y no de autor ya que el juicio de reproche contenido en la ley penal se hace por hechos propios, contrarios a la norma específica de Derecho Penal (acto típico) y contrarios al ordenamiento jurídico en su totalidad (aspecto antijurídico). En esta cuestión es importante aclarar que el estudio criminológico del procesado o sentenciado no implica en ningún momento que se trate de castigar al autor con el criterio mencionado sino que, especialmente en el caso de los procesados, se apoye al juzgador con los elementos

técnicos necesarios proporcionados por profesionistas especialmente capacitados, para que conozca en realidad al que va a sentenciar y no juzgue solamente "de vista" o basado en los papeles procesales sino conozca al ser humano que va a sentenciar, para ayudarlo a decidir en la amplitud fundada de su arbitrio legal. El aspecto del estudio para el ámbito ejecutivo tiene la finalidad de buscar adecuar el manejo del sentenciado a sus necesidades para lograr mejorarlo y convencerlo de no reincidir y aprender a respetar los derechos ajenos.

4. En cuanto al principio de culpabilidad como fundamento para imponer y ejecutar una pena, debe entenderse a partir del fundamento del juicio de reproche hecho al autor del ilícito: haber podido obrar de manera diferente, reconociendo que tenía la libertad para escoger entre actuar conforme o contrario a lo dispuesto por las normas. En este momento, este principio aparece como la garantía del fundamento de la aplicación de la pena, en cuya virtud sólo puede ser aplicada por un hecho anterior, imputable a dolo o culpa, a persona que conociendo lo que debía hacer y la significación jurídica de lo que hacía, lo hizo a pesar de todo. Pudiendo haber hecho algo diferente.

Ahora bien, el Derecho Penal reprime o sanciona el delito donde éste se manifiesta, pero no lo hace donde se produce, donde se genera pues no está dentro de sus funciones atacar las causas, cuestión que corresponde al control social que lo fundamenta y que debe prever un amplio sistema criminológico, es decir, el estudio de dichas causas, la manera de prevenirlas y su aplicación.

Sin embargo, *sigue siendo el Derecho Penal, así sustantivo como adjetivo y ejecutivo por encima de cualesquiera otros órdenes jurídicos, el escenario crítico de los Derechos humanos. Acaso por ser el derecho de los delitos y de las penas el refugio elemental, inderogable, de la dignidad del hombre, en él cobra peculiar intensidad y alcanza más doloroso dramatismo la acción autoritaria del Estado y adquiere alzado rigor, en contrapartida, la resistencia a la opresión por la sociedad y por el individuo.*[24]

Señala con razón Juventino Castro que históricamente la vida misma de los individuos ha sido y es el primero de los valores protegidos contra sanciones privativas de ella, y si es de oponerse a la determinación legal de privar de ella por cualquier causa, más lo es privar ilegalmente en general y peor por manos de las autoridades responsables del ejercicio de la ley penal.

Sin embargo, como actualmente sigue siendo la pena privativa de la libertad la más usada, es la que más preocupa, pues es de esperarse un respeto absoluto a la libertad de los individuos salvo cuando una sentencia firme e irrecurrible se haya dictado por un órgano jurisdiccional perfectamente legal y legitimado. Pero ante el riesgo de que los delincuentes se sustraigan a la procuración e impartición de la justicia, se ha buscado una solución intermedia que permita asegurar materialmente a los individuos para evaluar su conducta en la investigación y durante el proceso en todas las instancias, impidiendo así toda evasión, con la grave desventaja de que se abuse de este poder por la autoridad para retener materialmente al indiciado o acusado hasta que se dicte la sentencia definitiva y pueda concluirse con una libertad por falta de méritos o de elementos para proceder.[25]

Es en este sentido por el cual en años recientes ha optado la legislación mexicana, so pretexto de seguridad y con la idea de mayor castigo y mayor libertad para la procuración de justicia al utilizarse el arraigo y la prisión preventiva obligatoria como instrumentos para obtener mayor tiempo para la investigación y mayor seguridad para el procedimiento, llegándose a extremos verdaderamente violatorios de los derechos humanos dentro del marco legal, con el pretexto de la protección social y sin tomar o impulsar medidas de una investigación más sólida y científica de los delitos.

Resulta entonces que la libertad personal de los individuos puede legalmente ser afectada y en vez de ser el resultado de una sanción impuesta en resolución final, es por el contrario una medida cautelar o preventiva, cuyo sujeto de la previsión es el propio ser humano, medida que se ordena antes del juicio y no después de agotar todos los procedimientos jurídicos.

Hoy por hoy, el Derecho Penal es una realidad existente y no podemos prescindir de él, pero está en nuestras manos ponerle límites, por lo pronto, para lograr después "no un derecho penal mejor sino algo mejor que el Derecho Penal" y fijar los lineamientos generales que permitan a las autoridades correspondientes que se respeten los derechos de las personas.[26]

Es triste observar que cada vez se constriñen más, en las leyes ordinarias penales y en la práctica algunos Derechos humanos, con el pretexto de la lucha contra la delincuencia organizada, incluyendo especialmente el tráfico de drogas y el

terrorismo y que los individuos ajenos a todo delito, en gran cantidad, ven cada vez más agredidos sus derechos personales al ser sujetos de revisiones e inclusive privados de objetos personales sin ninguna garantía de devolución, con el pretexto de la seguridad.

La problemática constitucional consiste en disponer y llevar a cabo, por parte de las autoridades correspondientes, una regulación congruente en las leyes ordinarias y procesales secundarias, teniendo en cuenta las necesidades y presupuestos elementales para procesar y aplicar las sanciones penales con respeto a la dignidad y a las libertades de los individuos.

Estructurar un sistema de sanciones cuyo criterio orientador sea el respeto a los Derechos humanos es un verdadero problema al que debe enfrentarse con toda seriedad y cuidado el legislador que renueva o crea un código penal, en virtud de que no puede olvidar los principios de prevención general y especial en el momento de incorporar la sanciones a las conducta típica en particular, intentando con ello alcanzar los fines sociales reconocidos.

Es así que la búsqueda de la pena justa es el objetivo prioritario del Derecho Penal y, sin embargo, éste ha sido el menos estudiado. La punibilidad y sus determinaciones no han producido mayores debates como se aprecia en la creación indiscriminada de los llamados delitos graves y en el incremento excesivo de los límites superiores de la pena de prisión, que en reforma reciente se ha llegado al extremo de sesenta años y con la posibilidad de incrementarlos, sin haberse hecho los estudios necesarios, además, para conocer la eficacia de dichas penas.

La ejecución de la pena, dejada en las manos de simples ejecutores de sentencia, nos ha llevado a permitir los excesos y arbitrariedades que actualmente conocemos de internos que viven en condiciones verdaderamente inhumanas de abuso e inmundicia, sin trabajo y sin alimentación, dentro de las cárceles, lo cual se trata de justificar siempre con el estribillo de que hay otros que viven peor.

5. EL DERECHO PENAL Y SUS CRISIS

Se señala por algunos autores que el Derecho Penal está en crisis aún cuando podemos considerar que, en realidad, el Derecho Penal como conjunto normativo para su evolución hacia un Derecho Penal moderno ha requerido de la pugna que surge entre el enfrentamiento de las autonomías de la libertad y la seguridad; cuando ambas ya no se resuelven automáticamente mediante la ley vigente, empieza a surgir una crisis o tensión interna que permanece hasta el encuentro de una solución mediante reformas en una evolución dialéctica.

Dicha dialéctica se plasma en síntesis sucesivas de signo ascendente humanitario y garantista, pese a lo que en algunos momentos de *antítesis* pueden llevar a pensar los resultados aparentemente fascistas y represivos.

El Derecho Penal en la actualidad, entendido como potestad punitiva del Estado, se halla en crisis, una crisis de *legitimación* pues se cuestiona la justificación del recurso por parte del Estado al utilizar la maquinaria penal, como su instrumento mas poderoso. También se encuentra en crisis la llamada "ciencia del Derecho Penal", crisis de identidad en la que lo cuestionado es el modelo a adoptar y su auténtica utilidad social, así como una crisis de "legitimidad epistemológica" de validez científica.

En los dos casos nos enfrentamos con fenómenos nuevos, por decir que la crisis actual del Derecho penal se inicia en los años sesenta, en el momento en que se quiebra de modo aparentemente definitivo el esquema tradicional de un Derecho Penal de la retribución, cuando se rechaza por muchos sectores que el Derecho Penal se justifique por la realización de la justicia.[27]

De lo referido se puede deducir que en el marco de la ciencia del Derecho Penal, la crisis comienza al ponerse en cuestión el modelo clásico de ciencia deductivo-axiomática, abstracta y en suma, ajena a la realidad social del delito.

El desencadenamiento de ambas crisis viene dado por la necesidad de proceder a una legitimación del Derecho Penal que resulta inmanente a la sociedad y no trascendente a la misma.

Es cierto que sigue discutiéndose acerca de cuál es la legitimación empírica de la intervención penal (la función social del Derecho Penal) y también si cabe el atribuir el estatus de ciencia a una disciplina que incorpora tantos elementos valorativos y se muestra tan inmediatamente condicionada por la coyuntura social como la dogmática jurídico-penal.

Y es que, además, en los últimos años, a esa crisis global de legitimación se le han superpuesto nuevos fenómenos conflictivos que han contribuido a agudizar lo problemático de la situación, al parecer porque pasados los años de los procesos legislativos de despenalización, volvemos a encontrarnos perfectamente inmersos en nuevos procesos de incriminación.

Estos procesos aparentan que no cabe oponerles un concepto de bien jurídico que no es adecuado para justificar la exclusión en el ámbito jurídico penal de intereses sobre cuya necesidad de protección aparentemente es inexcusable.

Esta tendencia, que es muy pluriforme en su interior, es difícilmente reducible a un juicio unitario y adopta la forma de una legislación claramente simbólica o retórica, sin posibilidades reales de aplicación útil. Tal legislación expansiva conlleva a la aparición del Derecho excepcional que choca con dos tendencias: una, la que aboga por un Derecho Penal mínimo, resaltando la vertiente garantista del Derecho Penal y la otra que pone de manifiesto un total escepticismo ante la eficacia preventiva especial (resocializadora en concreto) del mecanismo punitivo más característico: la pena privativa de libertad. Pero también choca con una realidad del propio sistema de penas privativas de libertad como son las modernas instituciones de política criminal del Derecho Penitenciario.

En resumen, con base en lo expuesto, podemos constatar la superposición de tres "crisis": la inmanente al Derecho Penal moderno, la de legitimidad del Derecho Penal y su dogmática y la que enfrenta una legislación penal expansiva con un sistema penal en retroceso. Estas son las tres posturas de política criminal que se nos presentan a la hora de decidir desde cuál punto de vista se va a analizar el fenómeno jurídico-penal, que continúa siendo mixto en la realidad y que serían: la abolicionista, la resocializadora y la garantística o garantista.[28]

En este caso, la primera postura se opone a toda forma de Derecho Penal, pretendiendo construir alternativas al sistema punitivo, la segunda y la tercera, en cambio, pretenden, desde perspectivas diversas, la consecución de un mejor Derecho Penal.

6. EL MODELO ABOLICIONISTA

El problema de la justificación de la pena, es decir, del poder de una comunidad política cualquiera, de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros, es quizá el problema más clásico de la filosofía del Derecho.¿En qué se basa este poder, llamado a veces "pretensión punitiva" o "derecho a castigar"?

Son cuestiones que han tenido históricamente dos tipos de respuesta, una en línea de principio positiva y otra en línea de principio negativa. Las respuestas positivas son las proporcionadas por las doctrinas llamadas *justificacionistas* en cuanto justifican los costos del Derecho Penal con fines o razones, o funciones moral o socialmente irrenunciables. Las respuestas negativas son, por el contrario, las ofrecidas por las llamadas doctrinas *abolicionistas* que no reconocen justificación alguna al Derecho Penal y propugnan por su eliminación, bien porque impugnan de raíz su fundamento ético-político, bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores al costo de la triple construcción que produce: la limitación de la libertad de acción para los cumplidores, el sometimiento a juicio de todos aquellos de quienes se sospecha que son incumplidores y el castigo de cuantos se juzgue que realmente lo son.

Ferrajoli considera abolicionistas "sólo aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el Derecho Penal, bien porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social.

Por el contrario, no son abolicionistas sino exactamente sustitucionalistas aquellas doctrinas criminológicas, a veces libertarias y humanitarias en su intención, pero convergentes en la práctica con el correccionalismo positivista, que bajo el programa de la abolición de la pena, proponen en realidad la sustitución de la forma penal de la reacción punitiva por tratamientos pedagógicos o terapéuticos de tipo informal, pero siempre institucional y coercitivo y no meramente social. Son simplemente reformadoras las doctrinas penales que propugnan la reducción de la esfera de la intervención penal o, por otro lado, la abolición en favor de sanciones penales menos aflictivas de esa específica pena moderna que es la reclusión carcelaria."[29]

El citado autor sostiene, por un lado, la necesidad de rebajar y como horizonte abolir las penas privativas de libertad en tanto que excesivas, inútilmente aflictivas y en muchos aspectos dañinas, así como de limitar las prohibiciones penales sólo a las exigencias de tutela que definen el esquema del Derecho Penal Mínimo. Por otro, defiende, en contra de las hipótesis abolicionistas propiamente dichas y de las sustitucionistas, la forma jurídica de la pena como técnica institucional de minimización de la reacción violenta a la desviación social no tolerada y de garantía del inculpado frente

a las arbitrariedades, los excesos y los errores ligados a sistemas ajurídicos de control social.

El abolicionismo penal, que representó una corriente teórica y práctica ante la crítica radical que se dio al sistema de justicia penal y que plantea su reemplazo, constituye un conjunto un tanto heterogéneo de doctrinas, teorías y actitudes ético-culturales unificadas bajo el rubro general de la negación de cualquier clase de justificación o legitimación de la intervención punitiva sobre la desviación social por parte del Estado.

Se encuentra representado básicamente en Europa por Nils Christie que se refiere principalmente a la abolición del Derecho Penal, Louk Ulsman al concepto del delito y Thomas Mathiesen que se ubicó sobre el sistema carcelario.[30]

El fondo de la ideología abolicionista no subyace en la idea de una sociedad sin delito (entendiendo por éste que hay una situación problemática que resolver), sino la propuesta de manejar los conflictos de forma diversa a la actual, con una negociación entre la comunidad, la víctima y el ofensor, atendiendo a la compensación o reparación del daño causado a la víctima.[31]

Quizá un principio de abolicionismo lo podemos encontrar en la mediación penal que poco a poco ha logrado introducirse en la legislación penal de algunos países, incluyendo al nuestro en Quintana Roo, Sonora, etc., con variantes en cuanto al nivel de participación del grupo social o las autoridades de procuración de justicia, pero ajena a la intervención procesal penal.

Esto se produce en buena parte mediante un retorno a los planteamientos y principios informadores de la sociedad liberal del siglo: XIX, que en algunos autores adquiere la denominación explícita de un *retorno a Kant,* de lo que deriva la expresión "neoclasicismo", corriente que en los Estados Unidos ha recibido la denominación de *just-deserts theory o just-desert-movement.*

Esta corriente utiliza la idea de que el castigo es el postre aplicable a los que disfrutaron practicando actividades prohibidas por la ley y que en el castigo tendrán los postres como final obligado de sus actitudes que no corresponden a la abstinencia de los demás que no violentaron la ley.

Una de las críticas más profundas que se han hecho al "neoclasicismo" es en cuanto a su limitación a los aspectos exclusivamente formales, sin poner la necesaria atención a cuestiones de contenido que traten de conciliar el principio preventivo-general de protección de la sociedad, mediante la disuasión de los delincuentes, con los principios de proporcionalidad y humanidad, por un lado y de resocialización por el otro.

7. LA CORRIENTE GARANTISTA

Esta última cuestión se observa como punto de referencia, de modo que no pueda renunciarse al tratamiento en tanto se plantee como un ofrecimiento al condenado que éste puede aceptar o no. En esta vía y mediante la formulación de alternativas a la pena, como se ha abierto paso la concepción del llamado "Derecho Penal Mínimo" que concibe a la pena como una "amarga necesidad" y se inspira de manera general en las ideas de la tradición liberal, utilizando el mínimo de penas necesario para evitar la violencia social informal.

Según Ferrajoli *Un sistema penal está justificado únicamente si la suma de las violencias –delitos, venganzas y puniciones arbitrarias- que él puede prevenir es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas.*[32]

Este Derecho se desenvuelve por el triple sentido de una máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, de la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y de la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva.

La construcción de un Derecho Penal garantista en lo formal y en lo material demanda una profunda depuración de los objetos de protección penal. Lo **mínimo** ha de manifestarse también en una construcción restrictiva de la teoría del bien jurídico penal. Además, en segundo lugar, hay que tomar en cuenta que no nos movemos en magnitudes exactas, que no se puede fijar el punto exacto en el que la reacción penal sigue siendo necesaria para "prevenir."

Ya se hizo mención en otra parte de que en todos los temas sociales y jurídicos, especialmente en los penales, nos encontramos en continua evolución, marcada por la tensión dialéctica entre el interés prevencionista y algún otro, como el humanitario o el resocializador, centrados en la protección de las garantías individuales.

Lo que en cada momento histórico se estima como "mínimo necesario" de la intervención penal constituye el punto de equilibrio alcanzado por la referida tensión dialéctica en cierto momento. Esta idea de las garantías no se queda en el ámbito formal de la prevención general sino que profundiza en ámbitos materiales, es decir, no se piensa sólo en la seguridad jurídica y en la proporcionalidad sino que se insiste en la humanización

como uno de los intereses a valorar junto con la prevención general.

Otra forma de ver las cosas como un puro funcionalismo nos acerca más a las dictaduras que a las ideas planteadas desde el siglo XIX y que en su instauración han constituido un progreso para las sociedades humanas. No se trata pues sólo de instaurar las garantías formales, sino de tener presente la progresión humanizadora, la valorización de todos los seres humanos, delincuentes o no, no procurando redituarles un sufrimiento igual o mayor que el que ellos ocasionaron, sino tratándolos al detectar las posibles causas de su desviación y su actitud delictiva para evitar mayor violencia social como su reacción ante el castigo.

Si se observa el nivel de violencia delictiva en los Estados Unidos, el tipo de delitos que se cometen, profusamente y en todos los Estados, nos percatamos que la violencia institucional sólo está generando mayor violencia delictiva y que finalmente lo que se trata es de evitar para permitir una pacífica convivencia social.

8. EL MODELO AUTORITARISTA

Este aspecto del Derecho Penal es contemporáneo a su nacimiento y desde luego una tendencia realmente jamás interrumpida. Es una tradición fruto irreflexivo y consolidado de las prácticas legislativas, jurisdiccionales o policiales, que también enlaza doctrinas y modelos teóricos y políticos del Derecho Penal en todo o en parte antitéticos del anterior modelo comentado.

Un gobierno autoritario es un sistema político basado en la autoridad indiscutida de quienes controlan el poder, en el que el pueblo está sometido a una autoridad rígida y de manera incondicional. Es un régimen basado en la subordinación absoluta al poder de una persona, un rey o funcionario al que se le han concedido poderes especiales que lo dotan de un poder supremo.

Este individuo no está sometido en su actuación gubernativa a normas jurídicas preestablecidas, que no provengan de su voluntad sino a normas que precisamente pueden variar a su arbitrio, siendo un estilo contrario al de una democracia y puede tener dos significados:

1. Comprende todos los sistemas no democráticos, incluyendo los totalitarios.
2. Se contrapone al totalitarismo y comprende los sistemas no democráticos caracterizados por un bajo grado de movilización y de penetración en la sociedad.

También se denominan autoritarios los regímenes que privilegian el aspecto del mando y menosprecian de un modo más o menos radical el de consenso, concentrando el poder político en un hombre o en un solo órgano y restando valor a las instituciones representativas, reduciendo a la mínima expresión a la oposición y a la autonomía de los subsistemas políticos y la anulación o la sustancial eliminación del contenido de los procedimientos y de las instituciones encargadas de transmitir la autoridad política de la base hacia lo más alto.

Zaffaroni nos comenta que en estos sistemas penales, cuyo más claro ejemplo es el Derecho Penal fascista, el cual se caracterizó por asignar al Derecho Penal la función de proteger al Estado, de establecer gravísimas penas para los delitos políticos definidos subjetivamente, proteger al partido oficial y con un amplio predominio de la prevención general mediante la intimidación. El Código penal italiano de 1930 es un ejemplo claro de este tipo de sistema y legislación.

Este Código, llamado Rocco en memoria del ministro Alfredo Rocco, extiende desmesuradamente el ámbito de la punibilidad, no distingue entre actos preparatorios y tentativa, aplica medidas de seguridad a los que cometan sin que se inicie la ejecución del hecho y equipara los actos de todos los concurrentes. No sólo esto, sino que agrava las penas bajo el pretexto de medidas de seguridad a los delincuentes habituales, profesionales o con tendencia a delinquir. Su autoritarismo se manifiesta más con la indeterminación de las medidas de seguridad segregatorias y el establecimiento de la pena de muerte por delitos contra el Estado y algunos delitos contra las personas.

Este Código sirvió para apuntalar a un Estado que ejercía su totalitarismo con miras a un desarrollo acelerado que le permitiese superar el subdesarrollo que había impulsado importantes masas de población a la emigración y que había impedido la consolidación de la unidad política, dificultando la integración de las regiones más pobres. De ahí que fuese un estatismo chauvinista con una grave pérdida del sentido de la realidad por lo que asumió las formas simbólicas romanas y degeneró en un delirio imperialista que acabó catastróficamente en la Segunda Guerra Mundial.

Su carácter "estatista" se nutrió del idealismo neo-hegeliano y de positivismo. Conforme a su concepción del "derecho", la pena no tenía contenidos vindicativos ni preventivos sino que era la simple segregación de los que atacaban la integridad del pueblo (alemán o italiano) y todos los de-

litos se consideraban ataques de esta naturaleza, habiéndose suprimido el principio de legalidad e introducido la analogía penal, justificándose por el "sano sentimiento del pueblo", lo cual garantizaba el carácter irracional de la legislación y la dictadura de la costumbre.[33]

En el plano de la técnica jurídica se observa una desvaloración del papel de la ley como criterio exclusivo y exhaustivo de definición de los hechos desviados y cuestiones que llegan a la identificación del tipo de autor con criterios éticos, sociales o naturalistas y en todo caso, ontológicos.

Podemos mencionar figuras que recuerdan este moderno oscurantismo penal como la concepción positivista-antropológica del "delincuente natural", la doctrina nazi del Derecho Penal de la voluntad o del "tipo de autor" o la estalinista del "enemigo del pueblo" o de "la revolución."

También se asemejan a diversas medidas de prevención como las cautelares de policía utilizadas, como el arraigo penal, no como consecuencia de hechos legalmente denotados y judicialmente probados como delitos sino derivados de presupuestos variadamente subjetivos, como la sospecha de haber cometido delitos o, peor, la peligrosidad social del sujeto, legalmente presumida, conforma a condiciones personales o de estatus, como las de "vago", "vagabundo", "reincidente", "delincuente habitual", "profesional", "de tendencias delictivas" y similares que de repente resurgen en nuestra legislación.[34]

Encontramos en todos estos casos la reiteración de la tentación común de atenuación o disolución de la estricta legalidad penal para perseguir no tanto por lo que se ha hecho sino por lo que se es.

Además, se agrega a la atenuación o disolución de la estricta legalidad la de la estricta jurisdiccionalidad, es decir, una acentuación, hasta los límites, de la arbitrariedad del etiquetamiento y la inquisición del juez, que viene a configurarse según la ocasión como confesor, psicoanalista o terapeuta social, en todos los casos desvinculado de criterios rígidos y ciertos de calificación y juicio penal, ético y estético, degenerando en juicio "sin verdad" no motivado por juicios de hechos, afirmaciones verificables o refutables sino por juicios no verificables porque en su propia naturaleza no son verdaderos ni falsos y no están basados en procedimientos cognoscitivos expuestos a controles objetivos y racionales, sino basados en decisiones potestativas, confiados en "la sabiduría de los jueces y en la verdad sustancial que ellos poseen."

Es evidente que este modelo de juicio penal potestativo en vez de cognoscitivo tiene una naturaleza intrínseca autoritaria. Su fundamento es exactamente el inverso del modelo garantista: sin una predeterminación normativa precisa de los hechos que se han de comprobar, el juicio se remite en realidad mucho más a la *autoridad* del juez que a la *verificación* empírica de los supuestos acusatorios. Además, su carácter no cognoscitivo ni estrictamente vinculado a la ley contradice su naturaleza jurisdiccional. La estricta legalidad constituye al fin y al cabo el rasgo distintivo de la jurisdicción penal en el sentido de que de sus pronunciamientos, a diferencia de lo que ocurre en cualquier otra actividad pública, la ley aspira a predeterminar no sólo las formas sino también los contenidos.

9. CONCLUSIONES

Lo expuesto es solamente una revisión muy superficial de las características y tendencias que incluyen a los tres modelos pero sin duda, aún sin profundizar, dejando al margen un poco por remota, la aceptación de un modelo abolicionista, resulta evidente la pugna y las profundas diferencias en cuanto al carácter y las consecuencias de los otros dos modelos: garantismo y autoritarismo.

La alternativa epistemológica entre los dos modelos -uno estrictamente iuspositvista y el otro tendencialmente iusnaturalista- se manifiesta en el distinto tipo de verdad jurídica por ellos perseguida. La verdad a la que aspira el modelo sustancialista del Derecho Penal es la llamada verdad sustancial o material, es decir, una verdad absoluta y omnicomprensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Esa verdad sustancial, al ser perseguida fuera de reglas y controles y sobre todo de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como el cognositivismo ético sobre el cual se basa el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal.

A la inversa, la verdad perseguida por el modelo formalista como fundamento de una condena es, a su vez, una verdad formal o procesal, alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativa a hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser *la* verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal, está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de defensa.

Es el valor y a la vez el precio del formalismo, que en el derecho y en el proceso penal preside normativamente la indagación judicial, protegiendo la libertad de los ciudadanos precisamente contra la introducción de verdades sustanciales tan arbitrarias como incontrolables.

En resumen, la oposición entre garantismo y autoritarismo en el Derecho Penal corresponde a una alternativa entre dos epistemologías judiciales diferentes: entre congnositivismo y decisionismo, entre comprobación y valoración, entre prueba e inquisición, entre razón y voluntad, entre verdad y potestad. Si una justicia penal completamente basada en la verdad constituye una utopía, una justicia penal completamente sin "verdad" equivale a un sistema de arbitrariedad.

En algunos momentos como el actual parecería exagerado exigir el cumplimiento mínimo de los diez requisitos que caracterizan al garantismo penal considerados como garantías del ciudadano contra la arbitrariedad o el error penal. Según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzca la comisión de un delito, su previsión por la ley como tal, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.

Sin embargo, analizadas estas garantías constituyen la única manera de evitar los abusos y desvaríos del autoritarismo que absolutamente fracturan la posible existencia de un Estado de Derecho. Con el pretexto del terrorismo, de la lucha contra la delincuencia transnacional, contra el tráfico de drogas, frecuentemente se han reformado leyes penales para endurecer el manejo de la administración de justicia pero ello constituye un grave peligro de caer abiertamente en el autoritarismo.

Tal vez la traducción a un lenguaje más llano de las garantías indispensables para evitar el abuso de poder y la injusticia, verificando su análisis y explicación cuidadosa, poniéndola al alcance de autoridades y población, haría comprensible lo indispensable que resulta optar por un modelo garantista y un estricto cumplimiento de la legislación penal.

Y como se mencionó en el inicio del trabajo, considerando que las garantías son la expresión legal de los derechos humanos exigibles internamente, sin eludir las responsabilidades que se tienen como país para incluir en la legislación, especialmente la penal, todos estos derechos reconocidos internacionalmente para ser consagrados, respetados y cumplidos en todo el sistema penal nacional, es importante cobrar conciencia de que lo exigible, en principio, es el cumplimiento y respeto de los Derechos humanos y el cumplimiento de las responsabilidades de prevención del delito más que la persecución y la represión salvaje de la delincuencia.

NOTAS

1. Kant, Immanuel, citado por A.I. Melden en Los derechos y las Personas. México, FCE, 1992, (Colección Popular) p. 221.
2. Lete del Río, José Manuel, Derecho de la Persona. Madrid, Tecnos, 2ª ed, 1991, p. 22.
3. Millán Puelles, Antonio, Persona humana y justicia social. Madrid, Rialp, 1962, p. 15.
4. Luna Guerra, Florencia de las Mercedes. Tesis Doctoral. Los Derechos Humanos de los reclusos en el sistema penitenciario mexicano. México, ed. mecanográfica, 1998, p.13.
5. Kant, Immanuel, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Madrid, Espasa-Calpe, 1932, en Lete del Río, op. cit., p. 23.
6. Castán Tobeñas, José, Los Derechos de la personalidad. Madrid, R.G.L.J. Editores, 1952, p. 5.
7. Millán Puelles, Antonio, Persona humana y justicia social. Madrid, Rialp, 1962, p. 13.
8. CNDH, Los derechos humanos de los mexicanos. México Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, p. 62.
9. Castan Tobeñas José, Los Derechos del hombre. Madrid, Reus, 2ª ed., 1976, p. 9.
10. Del Vechio, Persona, estado y derecho. citado en Teoría general de los Derechos Humanos. México, UNAM, III, 1989, p. 15.
11. Sanchis Prieto, Luis, Estudios sobre Derechos fundamentales Madrid, Debate, 1990, p. 18.
12. Idem.
13. Sepúlveda, César, Estudio sobre derecho internacional y derechos humanos, México, CNDH, Colección Manuales 91/7, p. 18.
14. Luna Guerra, Florencia, op cit., p.51.
15. Laviña, Félix, Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos humanos, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 16.
16. Travieso, Juan Antonio, Derechos humanos y Derecho internacional, Buenos Aires, R.L., 1990, p. 133.
17. Laviña, op. cit., p. 20.
18 Zaffaroni, Raúl Eugenio, Manual de Derecho Penal. Parte general. México, Cárdenas Editor y Distr., 1994, p. 23.
19. Castro y Castro, Juventino, Las garantías constitucionales y la libertad personal que ellas regulan. México, Miguel Angel Porrúa, 1990, p. 6 (Col. V. Jurídica. Esc. Libre de Derecho).
20. Zaffaroni, op. cit., p. 30.
21. Terrazas, Carlos R., Los derechos humanos y las sanciones penales. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1992, p. 59 (Cuadernos INACIPE, 32).
22. Roxin, Claus, Inacción al Derecho penal de hoy. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1982, p. 31.
23. Roxin, op. cit., pp. 31 y sig.
24. García Ramírez, Sergio, Los derechos humanos y el Derecho Penal. México, Porrúa, 1988, p. 19.
25. Castro y Castro, op. cit., p.7.
26. Luna Guerra, op. cit., p.74.
27. Silva Sánchez, Jesús María, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. Barcelona, Bosch, 1992, pp.14 y 15.
28. Ibidem. p. 17.
29. Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta, 1995, p. 248.
30. Fernández Muñoz, Dolores Eugenia, La pena de Prisión. Propuesta para sustituirla o abolirla. México, UNAM, III., 1993, p. 172.
31. Luna Guerra, op. cit., p. 87.
32. Ferrajoli, Luigi, op. cit., p. 39.
33. Zaffaroni, op. cit., pp. 286 y sig.
34. Ferrajoli, op. cit., p. 48.

O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

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.

Carlos Henrique de Aragão Cavalcante
Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará.

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade complexa pós-industrial, o esquema rígido de tripartição das funções estatais apresenta-se como um modelo controverso, dada a real função que o Poder Judiciário é chamado a desempenhar nas democracias contemporâneas. Estaria o Judiciário legitimado a tomar decisões políticas, com o intuito de garantir direitos fundamentais? Decisões com acentuado teor político devem ser reservadas às esferas tradicionais das decisões majoritárias? Atualmente, o Poder Judiciário se vê envolvido por questões deste tipo.

Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

> Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.[1]

O presente artigo tem o objetivo de analisar estas questões e seus desdobramentos.

1. FUNÇÃO JURISDICIONAL E VAGUEZA LEGAL

A função jurisdicional, atividade de pacificação social exercida pelo Poder Judiciário, que substitui as partes envolvidas no conflito para solucioná-lo, é um alicerce sobre o qual se ergue o Estado Democrático de Direito. Este Estado é estruturado por um corpo normativo que possui qualidades de um sistema coerente e racional. Apesar disto, na praxe social, muitas vezes surgem ameaças e agressões a direitos garantidos pelo ordenamento jurídico. É neste espaço que, via de regra[2], age o Poder Judiciário, recompondo a ordem antes estabelecida. Assim, no esquema clássico da separação das funções estatais, estaria reservada ao Poder Judiciário a função de, em outras palavras, aplicar a lei ao caso concreto, fazendo valer a prescrição da conduta que tinha sido prevista em lei. A lei é identificada como uma norma genérica e abstrata que visa regular, de forma universal, todos os casos nela previstos, por meio da subsunção legal.

Luis Roberto Barroso afirma:

> O conhecimento jurídico tradicional, que se abebera nas fontes romanas e tem como pontos culminantes a produção científica de Savigny, no século passado, e de Hans Kelsen, neste século, exibe como traços marcantes o formalismo e o dogmatismo. O elemento básico na idéia de formalismo é a premissa de que a atividade do intérprete se desenvolve por via de um processo dedutivo, onde se colhe a norma no ordenamento e faz-se a subsunção dos fatos relevantes.[3]

A codificação do Direito realizada pelas revoluções burguesas simboliza o auge da força política do poder legislativo, e tem como consequência uma atuação judicial estreita exclusivamente aos limites da lei. A hermenêutica mecânica, reduzindo a experiência jurídica à esfera normativa, fazia do magistrado um mero aplicador da lei. Esta posição hermenêutica era corroborada pela estrutura de autoprodução do Direito, visto não como fato social, mas apenas como um conjunto de normas positivadas "sob a forma de um aparato conceitual depurado."[4] Sói perceber que à atividade judicial

não eram autorizadas as avaliações políticas.[5] Os códigos, portanto, tornavam-se impermeáveis a qualquer tentativa de integração às transformações econômicas e sociais.[6]

A conceituação da jurisdição como função dirigida a fazer valer a vontade concreta da lei está ligada à idéia de lei como norma genérica e abstrata, à nítida separação entre criação e aplicação do direito, e à idéia de diferenciação entre aplicação e interpretação do direito.

Sobre a idéia de lei genérica e abstrata, Luis Guilherme Marinoni afirma:

> A idéia de lei genérica e abstrata, fundada pelo Estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por homens "livres e iguais" e dotados das mesmas necessidades. É claro que essa pretensão foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade, inexoravelmente formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações completamente distintas.[7]

A passagem do Estado Liberal clássico para o Estado Social, representa a mudança de orientação de uma atividade estatal que buscava a justiça formal para um Estado que intenta alcançar uma justiça material.

Picardi afirma:

> É sabido que, com a passagem do Estado liberal clássico ao Estado social de direito, as tarefas dos magistrados e dos aparelhos administrativos se multiplicaram. Mas a ampliação desses aparelhos determinou, para além e contra as intenções, um incremento dos poderes do juiz.[8]

Paulo Bonavides, sobre a transformação do paradigma do Estado Liberal em Estado Social, esclarece:

> O velho liberalismo, na estreiteza de sua formação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise.
>
> A liberdade política como liberdade restrita era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens.[9]

Ainda sobre a mudança do modelo de Estado liberal para Estado social, Werneck *et al*, afirmam:

> Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva à dos partidos e à das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça.[10]

O Estado, recebendo uma nova agenda política, necessita instrumentalizar suas ações de intervenção na sociedade para alcançar a igualdade material. Neste sentido, o juiz assume papel social de distribuição da justiça material, ampliando seu âmbito tradicional de atuação.[11]

O fenômeno do aumento das intervenções judiciais ocasionado pelo surgimento do paradigma do Estado social é acelerado "pela patologia de uma legislação oscilante entre a inflação em alguns setores e a inatividade em outros."[12] E ainda: com a velocidade das transformações sociais numa época de "transnacionalização dos mercados de insumos, capitais, finanças e consumo"[13] o legislador é levado cada vez mais a adotar técnicas legislativas flexíveis e elásticas.

Frente a este quadro, Marinoni afirma:

> É evidente que, diante disso, as características da impessoalidade e da coerência da lei – sonhadas pelo positivismo clássico – deixam de existir. A vontade legislativa passa a ser a vontade dos ajustes do legislativo, determinada pelas forças de pressão. A respeito, afirma-se que a maioria legislativa é substituída, cada vez com mais freqüência, por variáveis coalizões legislativas de interesse.[14]

Neste sentido Perelman afirma que os membros de um Parlamento, possuindo pontos de vista dissonantes sobre as matérias a serem votadas, "se esforçam em conciliar mediante compromissos, frequentemente obtidos mediante fórmulas vagas, que permitem, por isso mesmo, interpretações divergentes."[15] Deste modo, o legislador faz uso dos conceitos-válvula, dos *legal standards*, das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Embora as distinções entre estas modalidades de abertura no corpo legislativo sejam muito sutis e não tão claras, importa perceber que todas são técnicas legislativas que transferem ao juiz decisões que o legislador não quis ou não pode fazer. Todos esses elementos corroboram para a atividade integrativa do judiciário, que ne-

cessita interpretar conceitos com textura aberta para prestar a tutela jurisdicional.

A superação das técnicas clássicas de interpretação da lei pela visão da Nova Hermenêutica Constitucional,[16] estruturada pela idéia de normatividade dos princípios, torna favorável o ambiente acima descrito para o que se tem chamado de juridificação[17] (judicialização ou juridicização) da política.

2. JUDICIALIZAÇÃO E ASPECTOS PROCESSUAIS

O aumento relativamente desordenado da legislação ocasiona aquilo que Nicola Picardi chamou de "época da decodificação", contexto histórico no qual a idéia do Direito como um sistema jurídico vai, paulatinamente, sendo desgastada, por conta de alterações casuísticas, que agridem a sistemática tanto da legislação material, quanto da legislação processual (chamada por Picardi de "códigos de rito").[18] Estas modificações casuísticas fornecem a idéia de 'inflação legislativa', que é a multiplicação das leis, e também pode ser compreendida como sua desvalorização.

> Ao aumentar de modo cada vez mais desordenado e desarticulado o número de matérias, atividades e comportamentos regulados por textos legais, essa desenfreada produção legislativa culmina, assim, na ruptura da organicidade, da unidade lógico formal e da racionalidade sistêmica do ordenamento jurídico e, por conseqüência, na perda da própria capacidade de predeterminação das decisões concretas por meio do direito positivo.[19]

Assim, a pluralidade de leis pode ocasionar, na prática, a falta de efetividade das normas jurídicas. Já a inatividade do legislador abre espaços que tendem a ser supridos pela atuação judicial. Tanto a multiplicação desordenada, quanto a inércia do legislador, favorecem o aumento da discricionariedade judicial. Neste sentido, o vazio deixado pelos outros poderes é levado ao judiciário, e como este não pode eximir-se de julgar, decide questões cada vez mais políticas, que extrapolam o modelo de lide interindividual.

O fenômeno da judicialização da política é paralelo ao da expansão da discricionariedade judicial. Os dois têm em comum o fato de alargarem os limites da intervenção judicial na sociedade, majorando os poderes dos juízes.

Sobre a compreensão do que venha a ser *poderes do juiz*, Picardi aponta duas formas de abordar o tema:

> O aumento dos poderes do juiz, a sua vez, pode ser considerado pelo menos de um duplo ponto de vista: *poder do juiz entendido como função*, isto é poder de resolver a controvérsia singular que lhe foi submetida; e *poder dos juízes, entendido como estrutura ou instituição*, isto é, poder atribuído a um complexo de órgãos (a chamada administração da justiça), em relação à organização compreensiva da sociedade.[20]

Nicola Picardi afirma que a discricionariedade judicial também é fortalecida pela ampla utilização dos chamados "recursos aos pronunciamentos de urgência." Em outras palavras, a tutela cautelar e antecipatória, isto é, as tutelas de cognição sumária tendem a ocupar um lugar de destaque em relação às tutelas de cognição plena.[21]

Dando especial ênfase ao direito processual, Picardi afirma que ao longo do século XIX, foi se concretizando a idéia de um procedimento único. Entretanto, no século XX, uma série de procedimentos especiais foi sendo utilizada paralelamente ao procedimento ordinário, o que fez com que o próprio procedimento ordinário se tornasse um procedimento residual.

Picardi afirma:

> ... no século XIX foi se afirmando não só a idéia de uma jurisdição tendencialmente única para a solução de todas as controvérsias, mas também uma vinculada a um tipo único de processo: o processo ordinário, regulado pelo código de rito (...) No século XX, em contrapartida, uma série de procedimentos especiais foi progressivamente sendo posta ao lado do ordinário, terminando por afastar o papel central desempenhado por este último....[22]

Picardi identifica nesta multiplicidade de normas processuais e de ritos diferentes o aumento da possibilidade de solução dos conflitos, contribuindo assim para uma maior discricionariedade judicial.

Até mesmo no direito civil, ramo do Direito de interpretação tradicional,[23] vê-se uma mudança, que aponta para uma abertura em relação a uma ampliação da discricionariedade judicial, quando no Código Civil de 2002 foram inseridas as cláusulas gerais[24] e a função social do contrato. Há uma abertura para uma atividade judicial de ponderação, de proporcionalidade.

3. JUDICIALIZAÇÃO E TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

A judicialização, isto é, o fenômeno de submeter ao judiciário questões de acentuado teor político, é fortemente visualizada no controle jurisdicional de constitucionalidade.[25] Por sua vez, este controle da adequação das leis e atos normativos à Constituição aponta para uma tensão entre democracia e constitucionalismo. A democracia compreendida como decisão política majoritária, e o constitucionalismo como uma técnica de limitação do poder estatal e de guarda de direitos fundamentais.

A relação entre democracia e constitucionalismo é vista, por Hans Kelsen, sob a perspectiva abaixo:

> De fato, a existência de uma maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por conseqüência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares.[26]

À democracia interessa conhecer a fonte e o modo pelo qual é possível o exercício do poder político que se origina nas decisões da maioria[27]. Sabe-se, entretanto, que a absolutização destas decisões majoritárias poderia levar a uma agressão dos interesses de uma minoria. O constitucionalismo, delimitando o campo de irradiação das decisões majoritárias, por excluir destes processos decisórios um grupo de direitos inalienáveis, e por traçar as linhas mestras dos procedimentos democráticos, torna-se uma concepção política que, neste sentido, é um limite ao exercício absoluto da decisão da maioria.

O controle jurisdicional de constitucionalidade traz consigo a polêmica do deslocamento das esferas de decisões políticas do parlamento e do executivo para o judiciário. Estaria o Poder Judiciário democraticamente legitimado para rever os atos dos representantes do povo? E por outro lado: estariam os representantes do povo legitimados constitucionalmente a decidirem fora dos parâmetros das regras do jogo democrático?

Existem duas vertentes que buscam posicionar o papel a ser desempenhado pelo Judiciário neste contexto: a vertente procedimental e a vertente substancial.

A vertente procedimental insere o Judiciário como agente institucional que deve garantir as regras do processo democrático. Entende que o Judiciário não está habilitado a tomar decisões substanciais em uma democracia, já que a legitimidade da escolha das políticas públicas e da condução do Estado é própria dos representantes eleitos do povo. Assim, para que a autonomia dos cidadãos seja exercida, a participação do Judiciário deve resguardar-se a controlar e fiscalizar o processo democrático e a reequilibrar possíveis distorções. E mais importante: deve-se construir canais de comunicação que permitam a real participação dos atores sociais nas decisões democráticas.

Habermas ensina que, atualmente, o direito já não pode mais buscar em bases argumentativas metafísicas a sua legitimidade, afirmando a superação das doutrinas metafísicas por uma doutrina democrática. Habermas leciona: "A legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior: porém ele pode consegui-la através de um processo de formação da opinião e da vontade, que se presume racional."[28]

Neste sentido, a justiça política está intimamente ligada às possibilidades reais do debate democrático, e o espaço público é meio necessário para que as potencialidades lingüísticas possam ser desenvolvidas pelos cidadãos. A importância deste *locus* democrático é tamanha que Ferry afirma: "... em última análise, a justiça dependeria de uma liberdade de comunicação consistente, para que todo cidadão pudesse inscrever um tema de discussão pública na ordem do dia da agenda política"[29]. A vertente procedimental compreende que quando o Judiciário se abre para acolher e julgar demandas políticas, ele colabora para uma idéia equivocada de cidadania. Pois, ao invés do cidadão buscar resposta em meio às manifestações sociais, ele cria uma relação individualista de dependência com o Judiciário.

Para esta vertente, o espaço público é mais adequado para dar vazão às demandas sociais. É bastante oportuna a afirmação feita por Ferry:

> A idéia que se liga à *persona* latina, como também a seu equivalente grego *prosopon*, é antes de tudo uma idéia segundo a qual a personalidade se revela na luz pública. (...) O público é o lugar privilegiado de expressão e de revelação das características humanas, razão pela qual o espaço público não é apenas um espaço dramatúrgico de manifestação, mas é também um espaço ético de reconhecimento.[30]

A segunda vertente é chamada de substancial, por entender que o Judiciário deve assumir postura ativa na defesa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Sendo pró-ativo na defesa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais da liberdade e da igualdade, o Judiciário garante a inserção de minorias que não alcançam sucesso no processo de representação eleitoral.

Nesta perspectiva, a Constituição traz um ideal de justiça a ser concretizado no tempo. A Constituição é compreendida como um processo político a ser realizado. O Judiciário concorreria, portanto, para a implementação deste ideal de justiça. A atuação do Judiciário em questões políticas não agrediria a democracia, ao contrário, quando o Judiciário leva em consideração em suas decisões princípios políticos maiores, inscritos no texto constitucional, ele contribui para uma elevação do debate democrático, resguardando-o de meras circunstâncias das decisões da maioria.

Dworkin, como representante desta vertente que preconiza uma atuação judicial substancial, e não meramente procedimental, vê na defesa dos direitos individuais a melhor justificação para uma atividade judicial nestes termos. A idéia é que o Judiciário aja na defesa dos direitos individuais frente às deliberações majoritárias, quando estas sejam consideradas agressivas à igualdade e à liberdade. Os juízes estariam autorizados a garantir direitos individuais, já que estes impõem limites às decisões da maioria.

Dworkin, entretanto, não afirma que o Judiciário deve imiscuir-se quando a questão diga respeito a objetivos coletivos ou políticas públicas. No fundo, as decisões judiciais neste contexto não são fundamentadas por meros argumentos políticos, mas por princípios.

Dworkin afirma: "O Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões como se promove melhor o bem-estar geral." [31]

3.1 JUDICIALIZAÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No Brasil, o controle jurisdicional da constitucionalidade é feito por dois modelos: o controle difuso, onde qualquer juiz, em qualquer processo, pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Por ser realizado em casos específicos, esse modelo também é conhecido como controle concreto de constitucionalidade. Este modelo foi criado a partir da decisão do caso *Marbury versus Madison,*[32] em 1803, nos Estados Unidos. O outro modelo utilizado no Brasil é o concentrado ou abstrato, idealizado por Hans Kelsen, e aplicado pela primeira vez na Áustria. Este último modelo entrega o controle da constitucionalidade a um órgão que concentra o exercício da jurisdição constitucional.

Vê-se que o controle concentrado, quando atribui a um órgão a competência para avaliar a adequação das leis e atos normativos à Constituição, dando uma natureza *erga omnes* às decisões proferidas nestes processos, na prática, entrega um forte poder político a esse Tribunal, fazendo dele, ao menos num nível teórico, um verdadeiro "guardião da Constituição."[33]

O modelo austríaco de controle jurisdicional da constitucionalidade permite que um órgão, na maioria das vezes composto por sujeitos que não foram eleitos democraticamente, reveja os atos do Parlamento, e até mesmo, caso o órgão considere determinada lei inconstitucional, retire-a do ordenamento jurídico. Com o intuito de defender a supremacia da Constituição, o órgão competente, quando chamado a se pronunciar, pode extirpar do ordenamento jurídico um ato legislativo que passou por todas as fases procedimentais, e que, ao final delas, foi considerada apta pelo parlamento para produzir seus efeitos, regulando a matéria em questão.

A ação direta de inconstitucionalidade é um instrumento bastante utilizado para realizar o controle jurisdicional da constitucionalidade. Os dados estatísticos mostram que de 1988 até 2009 foram distribuídas 4.217 (quatro mil duzentas e dezessete) ações diretas de inconstitucionalidade.[34]

Ernani Rodrigues de Carvalho *apud* Tate aponta condições políticas para o surgimento da judicialização, quais sejam: democracia, separação dos poderes, direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesses, o uso dos tribunais pela oposição, isto é, pelos partidos de oposição, e a inefetividade das instituições majoritárias.[35]

Argumentando em relação ao uso dos tribunais pelos grupos de interesse, Carvalho afirma:

> A judicialização da política é um processo que se alimenta dos interesses econômicos e sociais centrais, que por sua vez estruturam o sistema político. De fato, o desenvolvimento e a expansão dos direitos em geral, até mesmo dos políticos, foram mais propriamente obra de pressões e lutas das organizações sociais, sejam elas movimentos sociais ou grupos de interesse, do que obra de devoção de autores altruístas. Portanto, os grupos de interesse passam a considerar e/ou utilizar a

possibilidade de veto dos tribunais na realização de seus objetivos.[36]

Os dados estatísticos disponibilizados pelo Supremo Tribunal Federal mostram que, de 1988 até 2009, as Confederações Sindicais ou Entidades de Classe de âmbito nacional foram autoras de 920 (novecentas e vinte) Ações Diretas de Inconstitucionalidade.[37]

A utilização da jurisdição constitucional pelos partidos políticos é assim explicada por Carvalho: "Os partidos de oposição, não podendo barrar as alterações realizadas pela maioria, utilizam-se dos tribunais para frear, obstaculizar e até mesmo inviabilizar as alterações em curso."[38] Os partidos políticos impetraram, de 1988 até 2009, 752 (setecentas e cinqüenta e duas) Ações Diretas de Inconstitucionalidade.[39]

A defesa radical da Constituição pode cristalizar as aspirações políticas de uma nova geração. Assim, o reconhecimento de que a Constituição é um amplo leque de consensos políticos e de que é um instrumento que é construído ao longo do tempo, dá ensejo a críticas ao controle jurisdicional da constitucionalidade como atribuição dada a um órgão pretensamente imparcial nas disputas políticas.

Neste sentido, Gilberto Bercovici afirma:

> A normatização unilateral da constituição gerou sua dessubstancialização, ignorando este seu caráter político. O entendimento da constituição exclusivamente como norma jurídica provocou a ampliação das questões versando sobre interpretação e aplicação do direito constitucional, hoje no centro do debate constitucional. A jurisdição constitucional, assim, assumiu a pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria da constituição, abandonando questões centrais como a da democracia.[40]

Para Bercovici, a falta de compreensão histórica e política da Constituição, como uma pretensão de eternidade, é resultado da visão do constitucionalismo liberal.[41] E completa afirmando: "O princípio legitimador da constituição é a democracia em sua dimensão material, não apenas procedimental."[42]

Dando seguimento à crítica da concepção formal e apolítica do constitucionalismo liberal, Bercovici afirma:

> A tentativa de congelar as aspirações democráticas para salvaguardar as aquisições liberais das constituições, segundo Palombella, gera a distorção de tornar o constitucionalismo o árbitro último de um conflito no qual é parte. Esta prevalência do constitucionalismo retira força da democracia. A neutralidade das constituições é ilusória e o constitucionalismo não deve ter nenhuma primazia ideológica que não o obrigue a ser continuamente colocado à prova na esfera democrática.[43]

Mesmo atento para as críticas que mostram na judicialização um fenômeno que esvazia determinadas esferas democráticas, tornando os tribunais instâncias privilegiadas de decisão política, é necessário, no entanto, rever a condição apontada linhas atrás como uma das causas para o desenvolvimento da judicialização: a inefetividade das instituições majoritárias. Inefetividade no sentido de "incapacidade dessas instituições de dar provimento às demandas sociais"[44].

Estas demandas sociais se tornam ainda mais exigíveis frente às Constituições dirigentes com suas normas programáticas[45], especialmente porque não há mais que se questionar acerca da juridicidade, portanto da força jurídica, que os programas constitucionais possuem em face de todos os Poderes do Estado, mormente o Executivo e o Legislativo.

Oscar Vilhena Vieira assim se expressa acerca das Constituições dirigentes:

> Além da organização e separação de poderes e de uma carta de direitos civis e políticos, as constituições elaboradas neste século trazem, em geral, uma série de direitos sociais, econômicos, culturais, e até ambientais... As constituições 'dirigentes' além de organizar as clássicas atribuições do Estado liberal, buscam criar condições de realização de uma justiça substancial, que reside em traçar procedimentos justos voltados a assegurar resultados igualmente justos.[46]

A legitimidade destas Cartas Políticas reside na construção de uma sociedade permeada por uma justiça material. Assim, a atividade estatal necessita estar embasada por esta concepção de justiça social e econômica. A construção desta sociedade por meio de um ideal de justiça realiza-se paulatinamente, e deve contar com a essencial participação dos Poderes Executivo e Legislativo. Esclarecendo o tema, Vieira escreve:

> Para que esses direitos possam ser efetivamente atendidos, as constituições 'dirigentes' impõem ao legislador e ao governante uma série de diretrizes e programas que vinculam, em maior ou menor medida, a atuação desses agentes, objetivando criar as condições materiais necessárias para a efetiva fruição dos direitos expressos no texto constitucional.[47]

E se o Executivo, na concretização das políticas públicas, não garante direitos assegurados constitucionalmente? A ineficácia de um governo, entretanto, não pode ser considerada uma mera questão de opinião pessoal. Mas a questão é que, nos países em desenvolvimento, a carência de políticas públicas direcionadas a garantir as condições mínimas de existência é fato notório. Assim, os atores sociais direcionam suas demandas ao Poder judiciário. E este, não podendo se negar a decidir as questões que lhe foram apresentadas, tendem a pôr um fim no conflito, sendo que solução para este conflito deveria ter sido apresentada nas esferas ordinárias do debate democrático, isto é, no âmbito propriamente político.

4. JUDICIALIZAÇÃO E NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Como afirmado no início do artigo, a hermenêutica jurídica clássica, vinculada ao positivismo, não estava preparada para cumprir satisfatoriamente seu papel frente à valorização da Constituição como elemento integrador da sociedade.

Como exposto acima, os princípios constitucionais são a estrela guia para todo o ordenamento. Nos ensinamentos de Glauco Barreira: "... os cânones tradicionais da hermenêutica foram concebidos para a interpretação de normas com estrutura de regras e, principalmente, para as normas de direito privado."[48]

Vale lembrar que os princípios constitucionais nem sempre foram considerados normas jurídicas, tendo sua juridicidade questionada. A discussão sobre a juridicidade dos princípios constitucionais foi superada, no sentido de considerá-los normas com força jurídica. Nas palavras de Paulo Bonavides:

> ...aqui fica para trás, já de todo anacrônica, a dualidade, ou, mais precisamente, o confronto princípio versus norma, uma vez que, pelo discurso metodológico, a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra.[49]

Percebe-se, portanto, que para a nova hermenêutica, as regras possuem estrutura diferente da que possuem os princípios. Os princípios podem ser distinguidos das regras por três critérios: quanto ao conteúdo, quanto à estrutura normativa e quanto às particularidades de aplicação.[50] Em relação ao primeiro critério, os princípios trazem uma decisão política, como uma espécie de objetivo coletivo, de modo que a generalidade é sua tônica mais marcante; já as normas, traçando uma conduta, têm caráter específico. Quanto à aplicação, os princípios importam uma interpretação mais profunda, levando em consideração fortes valorações morais; as regras têm interpretação mais simples. Quanto às particularidades de aplicação, as regras aplicam-se sob a forma do "tudo ou nada", enquanto os princípios aplicam-se proporcionalmente. A aplicação de um princípio não significa a exclusão dos demais.

Sobre o assunto, Habermas escreve:

> Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter a primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões.[51]

O filósofo alemão prossegue:

> Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa, e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.[52]

Para Habermas, nos trechos acima, as "normas" estão no sentido de regras, e os "valores" apresentam-se nos princípios.

A chamada "colisão de princípios" deriva do caráter dialético da constituição, no sentido de ser a Constituição um instrumento unificador de uma sociedade múltipla. Além disso, a Constituição é a norma maior na qual se projetam as realizações de uma sociedade em transformação. É como se a Constituição, principalmente por meio de seus princípios, balizasse a efetivação dos projetos de reestruturação social. Esta compreensão pode ser utilizada em decisões judiciais que se arvorem numa condição ativa de construção de uma justiça idealizada pela Constituição.

Esfera interessante para a distinção entre princípios e regras é a da colisão de princípios e a do conflito de regras. Paulo Bonavides, *apud* Robert Alexy, nos ensina:

> ... os conflitos de regras – assevera o eminente jurista – se desenrolam na dimensão da validade, ao passo que a colisão de princípios, visto que somente princípios válidos podem colidir, transcorre fora da dimensão da validade, ou seja, na dimensão do peso, isto é, do valor.[53]

Os métodos da hermenêutica jurídica clássica permanecem sendo utilizados. A diferença é que, no pós-positivismo, as espécies de normas jurídicas chamadas de *princípios* não comportam um esquema fechado de interpretação. A nova hermenêutica traz um método novo, caracterizado pelo aspecto aberto, dialógico e pragmático. A generalidade de algumas normas constitucionais possibilita a abertura para o contato com as transformações sociais, principalmente numa sociedade pós-industrial,[54] plural e que, instrumentalizada pela tecnologia da informação, forma novas redes de interações sociais constantemente.[55] Pelo aspecto dialógico, os problemas devem ser resolvidos com base em uma argumentação viabilizada por uma pré-compreensão do tema, estando, assim, em consonância com a inteligência de uma teoria discursiva do Direito. O ponto pragmático liga o intérprete à responsabilidade de produzir um julgamento ou mesmo de realizar a escolha executiva buscando dar a maior efetividade possível às normas constitucionais, produzindo, deste modo, resultados eficientes no processo de aplicação do Direito. Como se percebe, a característica dialógica e pragmática, bem como o aspecto aberto na interpretação da constituição, contribuem para uma maior discricionariedade na decisão judicial, como instrumentos hermenêuticos subjacentes ao fenômeno da judicialização.

Aqui, levanta-se a questão sobre a existência de certa *criatividade judicial*. Até que ponto pode-se compreender a função jurisdicional não apenas como uma concretização da vontade da lei, mas como *criação* de uma norma que regerá um caso específico? Pelos métodos da Nova Hermenêutica Constitucional, parece difícil negar que a atividade judicial não guarda um elemento de criatividade.

O exato nível de *criatividade* judicial não está claro. Segundo Cappelleti:

> Trata-se (...) de problema que não pode se resolver com um claro sim ou não à criatividade dos juízes. Tal criatividade – ou, para ser preciso, alto grau de criatividade, pois bem vimos como se trata essencialmente de problema apenas de natureza quantitativa – pode ser benéfica ou maléfica, segundo as muitas circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade.[56]

A superação do paradigma de aplicação da lei advinda do estado Liberal promove um campo fértil para uma atividade judicial de construção de sentido.

Neste sentido, Habermas afirma:

> O paradigma liberal do direito expressou, até as primeiras décadas do século XX, um consenso de fundo muito difundido entre os especialistas em direito, preparando, assim, um contexto de máximas de interpretação *não questionadas* para a aplicação do direito. Essa circunstância explica por que muitos pensavam que o direito podia ser aplicado a seu tempo, sem o recurso a princípios necessitados de interpretação ou a "conceitos-chave" duvidosos. De fato, toda ordem jurídica que se justifica, a partir de princípios, depende de uma interpretação construtiva...[57]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste estudo, a conclusão que nos ocorre é a de que para a compreensão do fenômeno da judicialização, devemos levar em consideração, principalmente, três elementos: o surgimento do paradigma do Estado Social, o *Welfarestate*; a superação da subsunção como técnica mecânica de aplicação da lei pelos instrumentos abertos da Nova Hermenêutica Constitucional; e a realidade da ineficiência das instituições políticas que deveriam assegurar a prestação de serviços públicos. Estes três elementos contribuem especialmente para que os atores sociais busquem assegurar, junto ao Poder judiciário, a fruição de seus direitos. Além disto, também concluímos que o envio de questões eminentemente políticas para o judiciário, principalmente por meio da jurisdição constitucional, cria uma tensão entre democracia e constitucionalismo. Para alguns, a democracia deve guiar as decisões políticas e não caberia ao Judiciário intervir nestas esferas de decisões majoritárias. Entretanto, na realidade de países em desenvolvimento, onde as políticas públicas não atingem os objetivos constitucionais, o Poder Judiciário quando chamado a decidir, pode garantir aos atores sociais a fruição de seus direitos fundamentais. Para tanto, fundamentados nos métodos da Nova Hermenêutica Constitucional, os juízes, em casos específicos, possuem certa liberdade de decisão. Assim, o judiciário não simplesmente aplica a vontade da lei, mas exerce certa criatividade. Esta criatividade está, contudo, limitada pelos parâmetros dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERCOVICI. Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BONAVIDES. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CAPPELLETI. Mauro. **Juízes Legisladores**? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO. Ernani Rodrigues de. **Em Busca da Judicialização: apontamentos para uma nova abordagem**. *In* Ver. Sociol. Polit., Curitiba, 23, p. 115 a 126, nov. 2004.

CASTELLS. Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. 10ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, v. 01.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins fontes, 2005.

FARIA. José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRY. Jean-Mare. **Filosofia da Comunicação: da antinomia da razão à função última da razão; justiça política e democracia procedimental**. São Paulo: Paulus, 2007.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

KELSEN. Hans. **A Democracia**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAGALHÃES-FILHO. Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3ª ed., São Paulo: Mandamentos, 2004.

MASI. Domenico De (Org.). **A Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Editora Senac, 1999.

MATOS. Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado: Uma Introdução Crítica ao Estado Liberal Democrático**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

PERELMAN. Chaim. **Lógica jurídica**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PICARDI. Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

ROSENVALD. Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva: 2005.

VIEIRA. Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha & BURGOS, Marcelo Baummam. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

NOTAS

1. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de direito administrativo**, n.240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
2. Uso a expressão "via de regra", pela polêmica em torno da jurisdição voluntária. Pois, neste caso, não há necessariamente agressão a direito, nem reparação da ordem, pois não houve violação de direito. Ver DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.
3. BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 277.
4. FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45.
5. "O direito é concebido como uma ciência, com objeto específico e acentuado grau de auto-suficiência. Rigorosamente separado da política, não se inclui na sua esfera própria de atuação qualquer questionamento acerca da legitimidade e da justiça das leis." BARROSO. Op. cit., p. 277.
6. *In* ROSENVALD. Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva: 2005, p. 157.
7. MARINONI. Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Trinunais, 2008, p. 42.
8. PICARDI. Op. cit., p. 13.
9. BONAVIDES. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 188.
10. WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha & BURGOS, Marcelo Baummam. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22.
11. "… a ampliação do âmbito da jurisdição... deita suas raízes, como se disse, na passagem do Estado liberal clássico para o Estado social de direito...." PICARDI. Op. cit., p. 11.
12. PICARDI. Op. cit., p. 13.
13. FARIA, Op. cit., p. 13.
14. MARINONI. Op. cit., p. 43.
15. PERELMAN. Chaim. **Lógica jurídica**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 52.
16. A Nova Hermenêutica Constitucional está ligada ao pós-positivismo como uma nova forma de compreensão do Direito que supera a metafísica jusnaturalista e o esvaziamento axiológico do formalismo positivista. Intimamente harmonizada com a valorização da Constituição, a Nova Hermenêutica Constitucional dá especial tratamento aos princípios constitucionais, conferindo-lhes força jurídica vinculante e tornando-os a base para a unidade e interpretação das leis. Na lição de Paulo Bonavides *in* Curso de Direito Constitucional, p. 231: "Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo."
17. Segundo FARIA *in* **O Direito na Economia Globalizada**, p. 134, "o termo *Verrechtlichung* (juridificação) surgiu na Alemanha, durante a República de Weimar, por iniciativa de autores como Ernnst Fraenkel, Otto Kircheimer e Franz Neumann...."
18. "A nossa época, como já acenei, foi definida como a época da decodificação (...) Tal fenômeno também ocorreu com os códigos de rito (...)." PICARDI. Op. cit., p. 3.
19. FARIA, Op. cit., p. 117.
20. PICARDI. Op. cit., p. 12.
21. "A título de exemplo, basta recordar como na *justiça civil* o recurso aos pronunciamentos de urgência se tornou agora muito freqüente, e as medidas cautelares ou antecipatórias tendem a definir a controvérsia." *In* PICARDI, Op. cit., p. 15.
22. PICARDI. Op. cit., p. 4.
23. "O tradicional operador do direito civil é, por excelência, um conservador. Ainda inspirado na noção napoleônica de um código civil como 'Constituição do cidadão', manuseia suas páginas com espírito recluso. Visualiza o direito privado de modo hermético e acredita que a carta constitucional é algo que não lhe afeta." *In* ROSENVALD. Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva: 2005.
24. "Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem as-

sim, como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas." *In* ROSENVALD *apud* Gustavo Tepedino, Op. Cit, p. 160.

25. "Tomando como fonte de inspiração o critério de sistematização proposto por Clèmerson Merlin Clève, podem-se classificar os sistemas de controle da constitucionalidade da seguinte forma: a) *o modelo inglês de ausência de fiscalização da constitucionalidade(...)* b) *o modelo francês de controle político e preventivo da constitucionalidade(...) c) o modelo de jurisdição constitucional difusa, de origem norte-americana(...*) *d) o modelo de jurisdição constitucional concentrada, desenvolvido a partir da matriz austríaca(...)*." *In* BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 42.

26. KELSEN. Hans. **A Democracia**. 2ª Ed. São Paulo. Martins Fontes, 2000, p. 67.

27. "Que o princípio da maioria é largamente utilizado como técnica de tomada de decisão coletiva não resta dúvida. No entanto, cabe indagar se um critério quantitativo pode dar fundamento qualitativo a uma decisão coletiva, ou mesmo, preliminarmente, se há fundamento qualitativo para justificar o princípio da maioria. Distinguimos pelo menos quatro linhas de fundamentação: a) o argumento conoscente, b) o argumento contratualista, c) o argumento axiológico e d) o argumento exclusivamente utilitarista." MATOS. Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado: Uma Introdução Crítica ao Estado Democrático Liberal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

28. HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, p. 317.

29. FERRY. Jean-Mare. **Filosofia da Comunicação: da antinomia da razão à função última da razão; justiça política e democracia procedimental**. São Paulo: Paulus, 2007, p. 88.

30. FERRY. Op. cit., p. 83.

31. DWORKIN. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins fontes, 2005, p. 101.

32. Vale a pena conhecer a sinopse da história: "Derrotado por Thomas Jefferson na eleição presidencial, o então Presidente John Adams nomeou diversos de seus correligionários do Partido Federalista como juízes federais, entre os quais se encontrava Wiliam Marbury. O próprio Marshall, secretário de Estado de Adams, havia sido nomeado, com aprovação do Senado, *Chief Justice* da suprema Corte, algum tempo antes. O título de nomeação de Marbury não lhe foi entregue a tempo, sendo sua nomeação suspensa por determinação do novo presidente Thomas Jeferson ao seu Secretário de Estado James Madison. Marbury acionou Madison exigindo informações, num primeiro momento. Não sendo fornecida nenhuma explicação, impetrou uma nova ação, *writ of mandamus*, com o objetivo de alcançar a nomeação. O tribunal adiou por mais de dois anos a decisão, o que gerou uma forte reação contra os juízes. Finalmente, ao anunciar a decisão da Suprema Corte, Marshall destacou duas questões: Jefferson não tinha o direito de negar posse a Marbury. Porém a Suprema Corte não poderia conceder o *writ of mandamus*, requerido por Marbury, pois esta competência que lhe havia sido atribuída pela seção 13 do *judiciary Acta* de 1789 era contrária à Constituição, na medida em que alargava as competências constitucionais originalmente estabelecidas para a Suprema Corte. A Corte não poderia se utilizar de uma atribuição, ainda que conferida pelo parlamento, quando incompatível com a Constituição." *In* VIEIRA. Oscar Vilhena. Op. cit., p. 43.

33 Expressão utilizada pela Carta Política de 1988 para designar o Supremo Tribunal Federal.

34. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi

35. Cf. CARVALHO. Ernani Rodrigues de. **Em Busca da Juicialização: apontamentos para uma nova abordagem**. *In* Rev. Sociol. Polit., Curitiba, 23, p. 115 a 126, nov. 2004.

36. CARVALHO. Op. cit., p. 118.

37. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado

38. CARVALHO. Op. cit., p. 119.

39. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado

40. BERCOVICI. Gilberto. **Soberania e Constituição**: **Para Uma Crítica do Constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 15 .

41. BERCOVICI. Op. cit., p. 16.

42. BERCOVICI. Op. cit., p. 17.

43. BERCOVICI. Op. cit., p. 17.

44. CARVALHO. Op. cit., p. 120.
45. "As constituições contemporâneas não se limitam às regras clássicas do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX. Trazem uma vasta estrutura de normas diretivas e programáticas e criam alterações extremamente importantes no quadro tradicional do controle da constitucionalidade." *In* VIEIRA. Op. cit., p. 31.
46. VIEIRA. Op. cit., p. 32.
47. VIEIRA. Op. cit., p. 32.
48. MAGALHÃES-FILHO. Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Mandamentos, 2004, p. 61.
49. BONAVIDES. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 248.
50. Cf. BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
51. HABERMAS. Op. cit., v. 1, p. 317.
52. HABERMAS. Op. cit., v. 1, p. 317.
53. BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 251.
54. Cf. MASI. Domenico De (Org.). **A Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Editora Senac, 1999.
55. Cf. CASTELLS. Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**, 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, v. 1.
56. CAPPELLETI. Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
57. HABERMAS. Op. cit., p. 313.

LA COLLÉGIALITÉ À LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Jean-François Flauss
Sécretaire-Général de l'Institut International des Droit de l'Homme, (Strasbourg);
Professeur de Droit International de l'Université de Lousanne, Suisse.

D'ordinaire la notion de collégialité est comprise dans son acceptation stricte, fondée sur une approche purement organique, voire organiciste. Ainsi selon le Dictionnaire juridique Cornu "…..la collégialité correspond à un système d'organisation judiciaire dans lequel les décisions de justice sont, en principe, prises après délibération en commun par plusieurs magistrats."[1] Somme toute, la collégialité définirait uniquement un mode d'organisation des juridictions opposé au système du juge unique.[2] Selon une acceptation plus large, la collégialité peut être entendue comme le mode de fonctionnement d'une institution pluri- ou multi-personnelle se caractérisant par l'égalité des prérogatives et des devoirs de ses membres. Dans le cadre de cette approche largement fonctionnelle, la collégialité tend parfois à être assimilée à un état d'esprit conjuguant la recherche du consensus et l'esprit de corps. Cette seconde conception de la collégialité, sans doute plus familière aux constitutionnalistes qu'aux processualistes,[3] demeure toutefois applicable à l'activité des juridictions. L'actuel Président de la Cour européenne l'a d'ailleurs fait sienne récemment.[4] Comparant le degré de collégialité prévalant respectivement à la Cour européenne des droits de l'homme et au Conseil d'Etat français, il a considéré que la collégialité serait davantage prégnante au sein de la juridiction de Strasbourg, dès lors notamment que son Président ne serait qu'un "*primus inter pares*."

Dans la littérature pléthorique relative au droit et au contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme, le principe de collégialité n'est que très rarement, à vrai dire très exceptionnellement, évoqué.[5] Pareille quasi occultation n'a rien d'étonnant. En effet, l'exigence de collégialité ne constitue aucunement l'une des composantes du droit à un procès équitable. Le juge unique est une institution tout à fait compatible avec les prescriptions de l'article 6(1) de la Convention.[6] En revanche, il est plus surprenant que la question de la collégialité au sein de la Cour de Strasbourg n'occupe qu'une place fort secondaire dans les ouvrages spécialisés consacrés à son organisation et à son fonctionnement internes[7]. C'est ainsi par exemple que l'étude de référence (en langue française) portant sur "Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme", utilise à une seule reprise le qualificatif de collégial, lorsqu'elle évoque l' "indépendance collégiale" de la Cour en ce que celle-ci est compétente pour établir son règlement intérieur et fixer sa procédure.[8] Curieusement, l'auteur ne s'interroge à aucun moment, ni frontalement, ni même incidemment, sur les incidences éventuelles de la pratique des opinions séparées, en particulier dissidentes, sur la collégialité. Sans doute la prétérition se justifie-t-elle par la signification étroite retenue de la notion de collégialité.

Dans sa thèse intitulée "La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme"[9], Marina Eudes se montre apparemment un peu plus diserte. En effet, le développement intitulé "La décision collégiale"[10] analyse la teneur des parties "En fait" et "En droit" des arrêts de la Cour européenne, et plus particulièrement encore les sources auxquelles celle-ci fait appel et les conditions de leur invocation ou utilisation. Or de prime abord, la méthodologie des sources est étrangère à la collégialité, même entendue extensivement. Une réserve comparable s'applique au passage dénommé "le jeu collégial" pour autant que ce dernier retrace le mise en œuvre de la règle de la majorité comme mode décisionnel. Le thème de la collégialité n'est, à proprement parler, envisagé qu'à partir du moment où est étudié le jeu des stratégies et des influences dans le processus de délibérations.[11] Faut-il dans ces conditions conclure que toute interrogation sur la collégialité au sein de la Cour de Strasbourg ne présenterait qu'un intérêt marginal? Le laconisme de la doctrine constitue apparemment un indice sérieux en ce sens. Mais encore convient-il d'en vérifier "expérimentalement" le bien-fondé à un double titre: d'une part par rapport aux règles d'organisation et

de fonctionnement de la Cour (I), d'autre part au regard du comportement des juges (II).

I. LA COLLÉGIALITÉ ET LES RÈGLES D'ORGANISATION ET DE FONCTIONNEMENT DE LA COUR

Consubstantiel à la qualité de juridiction internationale de la Cour européenne des droits de l'homme,[12] le principe de collégialité occupe logiquement une place centrale dans son organisation et son fonctionnement. Néanmoins, au fil du temps, sa prégnance tend à être moins absolue, qu'il s'agisse de l'agencement des instances de décision ou du déroulement des processus de décision interne.

A- Collégialité et instances de décision

Le passage de l'ancienne Cour à la Cour "unique" s'est traduit structurellement par une érosion de la collégialité, d'ailleurs susceptible de se renforcer à l'avenir. Certes, la Cour plénière, en tant que formation de jugement, avait déjà vu son rôle réduit à partir de 1993, puisque son intervention devenait exceptionnelle, c'est-à-dire circonscrite au cas de dessaisissement de la Grande Chambre de dix-neuf juges établie à cette date[13]. Antérieurement à la mise en application de cette réforme, la Cour plénière avait été amenée à connaître une proportion non négligeable, environ 20%, des affaires déférées à la Cour.[14] Avec l'entrée en vigueur du protocole n°11, la Cour plénière (désormais dénommée Assemblée plénière de la Cour) perd toute compétence juridictionnelle.[15] Par suite, la collégialité dans sa forme la plus accomplie, c'est-à-dire la participation de tous les juges à la même formation de jugement, n'est plus assurée au sein de la Cour européenne.

Par ailleurs, l'agencement de la procédure de renvoi devant la Grande Chambre n'est guère respectueux du principe de collégialité[16]. En effet, "Qu'on le veuille ou non, en réexaminant l'arrêt de la Chambre, les membres de la Grande Chambre jugeront la décision de leurs collègues. Ne serait-ce que d'un point de vue psychologique, il y aura rupture de l'égalité des juges…"[17]. Comme l'écrivait, au lendemain de l'adoption du protocole n°11, le greffier de l'ancienne Cour, il est "…anormal et malsain, pour ne pas dire aberrant, qu'il incombe à des juges de réexaminer une décision rendue par d'autres membres de leur propre juridiction et qui sont leurs égaux et leurs pairs. Pareil système qui cadrerait fort mal avec l'idée de collégialité, saperait le cohésion et l'autorité de la Cour."[18]

L'entrée en vigueur du protocole n°14 à la CEDH introduirait une véritable dérogation au caractère collégial des formations de jugement de la Cour, entendu dans son sens organique. En effet, ce protocole institue un juge unique dont la compétence est circonscrite au règlement des requêtes individuelles manifestement irrecevables.[19] En d'autres termes, le juge unique exercera la fonction actuellement dévolue à une formation collégiale, le Comité des trois juges, qui constitue d'ailleurs la seule illustration au sein de la Cour de collégialité "unanimiste" imposée, dès lors qu'il ne peut rendre une décision d'irrecevabilité qu'avec l'assentiment des trois membres le composant. A vrai dire, la collégialité prévalant au sein des Comités de trois juges doit être relativisée eu égard au rôle décisif joué, au sein de cette formation de jugement, par le juge rapporteur……et le juriste du greffe chargé du dossier. Autant dire que le protocole n° 14 se contente de conventionnaliser, plus ou moins, un état de fait préexistant.

En l'état actuel de la Convention, il existe d'ailleurs déjà des attributions juridictionnelles importantes qui ne sont pas exercées par une instance collégiale au sein de la Cour. Il revient en effet au Président de la Chambre (ou de la Cour) de se prononcer sur les demandes de tierce intervention[20]. Or non seulement de telles demandes sont de plus en plus nombreuses, mais plus encore l'influence des tiers intervenants sur la physionomie et l'issue des contentieux devient, semble-t-il, davantage sensible[21]. La protection juridictionnelle provisoire devant la Cour constitue une autre terre d'élection pour l'exercice non collégial de prérogatives désormais revêtues d'une force obligatoire, en l'occurrence le prononcé en application de l'article 39 du Règlement par le Président de la Chambre (ou de la Cour) de mesures provisoires ou corrélativement la levée de celles-ci. Certes, le Président de la Chambre peut consulter informellement les membres de sa formation de jugement et le Président de la Cour peut à tout le moins recueillir l'avis des Présidents de Chambre. Certes le Président de Chambre a également la possibilité de soumettre le demande de mesures provisoires à la Chambre elle-même, mais le plus fréquemment, eu égard notamment à l'urgence de la situation, l'indication des mesures provisoires n'est pas arrêtée par une instance collégiale.[22]

Bien que le discours officiel se plaise à souligner le caractère profondément collégial du fonctionnement de la Cour européenne, force est néanmoins de constater qu'ont été créés en son sein des groupes de réflexion[23] destinés à faciliter, entre autres, les contacts et les échanges entre les

juges. Ceux-ci sont en effet obérés par l'existence, au sein de la Cour dite unique, de cinq entités (les sections ou les Chambres) largement autonomes dont les membres respectifs n'entretiennent que des relations institutionnelles épisodiques ou aléatoires. En tout état de cause, il est dommage, du point de vue de la collégialité, que les rédacteurs du protocole n° 11 n'aient pas jugé utile de reprendre, pour l'appliquer à la nouvelle Cour, la procédure d'évocation qui existait devant la Commission européenne[24] statuant en formation plénière.[25] L'évocation était susceptible de jouer pour toute requête confiée à un Comité ou à une Chambre. La procédure pouvait être déclenchée à l'initiative de tout membre et du Président de la Commission.[26] Sans doute n'a-t-elle été mise en œuvre qu'assez rarement, mais elle contribuait à assurer une collégialité maximale.

B- Collégialité et processus de décision

Les dispositions du Règlement relatives au régime des délibérations et du vote au sein de la Cour sont, selon le cas, de nature à garantir le jeu de la collégialité ou au contraire à l'atténuer. L'obligation pour les juges de participer aux débats est désormais conçue de manière moins contraignante que par le passé. Dans l'ancienne Cour, une collégialité active était statutairement imposée: chaque juge était tenu d'exprimer une opinion motivée sur chacune des questions examinées par la formation de jugement. Depuis 1998, la collégialité peut en effet être "muette": l'obligation faite aux juges de s'exprimer est laissée à la discrétion du Président de la formation de jugement[27]. L'obligation d'opiner ne revêt pas –et ce à la différence des règles applicables à d'autres juridictions internationales- un caractère absolu. Certes, les juges ne sont pas autorisés à s'abstenir pour les votes définitifs, qu'ils portent sur la recevabilité ou sur le fond. Par contre, l'abstention est tolérée pour les votes considérés comme "procéduraux."

Les règles relatives à la préséance ne sont quant à elles guère en mesure a priori d'affecter le jeu de la collégialité. D'une part en effet, en cas de vote nominal, les juges votent dans le sens inverse de l'ordre de présence protocolaire, option plutôt protectrice de la libre volition des juges les moins anciens. D'autre part, le voix prépondérante accordée au Président de la formation de jugement en cas de partage des votes n'a plus, depuis 1998, qu'une portée très subsidiaire eu égard à l'imparité structurelle de la Chambre et de la Grande Chambre[28].

L'adoption collégiale d'une décision peut se traduire par une modalité particulière dérogatoire au procédé de vote en bonne et due forme. Il s'agit de la décision par accord tacite, ou en d'autres termes d'une procédure de non objection. En effet, "lorsqu'il est nécessaire pour la Cour de trancher un point de procédure ou toute autre question en dehors d'une réunion programmée, le Président peut donner instruction de faire circuler un projet parmi les juges et de fixer à ceux-ci un délai pour la formulation d'observations. En l'absence de toute objection de la part des juges, la proposition est réputée avoir été adoptée à l'expiration dudit délai."[29]

Le recours, aux fins d'élaboration ou de perfectionnement du texte d'un arrêt (voire d'une décision), à un comité de rédaction est susceptible de relativiser le caractère collégial du processus décisionnel. Prévue par la Résolution sur la pratique interne de la Cour en matière judiciaire[30], la faculté de constituer des comités de rédaction n'a pas été remise en cause depuis lors. La création, ainsi que la composition, d'un comité de rédaction sont laissées à la discrétion du Président de la formation de jugement (Chambre, Grande Chambre et antérieurement à 1998, Cour plénière). Bien que leur composition ne soit pas prédéterminée, ces comités de rédaction comprennent habituellement deux juges[31] et l'agent du greffe en charge du dossier. Mais il est concevable qu'un nombre plus important de juges soit associé aux travaux du comité de rédaction. L'ancienne Cour établissait systématiquement un comité de rédaction pour chaque affaire qui lui était déférée. Avec la nouvelle Cour, l'intervention du comité de rédaction devient plus exceptionnelle: elle est circonscrite aux affaires complexes ou aux situations de forte division entre les juges. Il semblerait d'ailleurs que la fonction des comités de rédaction ait évolué depuis 1998: ceux-ci seraient devenus des comités de lecture[32]. Intrinsèquement restrictive du jeu collégial, la formule du comité de rédaction peut encore le devenir davantage pour autant que certains juges pourraient se trouver, *de facto*, écartés à raison d'une compétence linguistique insuffisante dans l'une ou l'autre des deux langues officielles, voire des deux à la fois.

-L'exercice collégial de la délibération n'empêche aucunement que l'influence de tous les juges sur le processus de décision ne soit pas équivalente en intensité. Certains juges pèsent davantage sur la détermination de la solution ou/et de la motivation afférente. Il en est de la sorte car ses juges disposent d'un "charisme per-

sonnel" ou d'une "carrure personnelle"[33], en un mot d'une autorité reconnue par leurs pairs ou qui s'impose à eux. On peut penser à l'autorité morale de l'ancienneté à la Cour ainsi qu'à l'autorité protocolaire liée à la qualité de Président ou de Vice-Président de la Cour, de Président de Chambre. D'une certaine manière, ces deux catégories de juges, qui d'ailleurs bien souvent se recoupent, sont considérées comme les "notables" de la Cour[34]. Mais l'influence prégnante d'un juge peut aussi découler de son autorité intellectuelle, surtout d'ailleurs lorsqu'il assume la fonction de juge rapporteur.[35] Le niveau de compétence des juges est en effet variable. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les *curricula vitae* des juges ou encore de prendre connaissance de leurs opinions séparées: à l'évidence, il existe au sein de la Cour, plusieurs classes de juges. Il est même notoire, du moins dans les cercles proches du Palais des droits de l'homme, que sur les quarante-sept juges un tiers environ jouent un rôle de premier plan dans la définition de la politique juridictionnelle et jurisprudentielle de la Cour.[36] En tout état de cause, la participation au jeu collégial sera tributaire des capacités linguistiques des juges. Certes, les délibérations de la Cour font l'objet d'une traduction simultanée anglais/français ou vice-versa, mais aucunement dans la langue nationale de chaque juge présent. Autant dire que les juges ne maîtrisant suffisamment aucune des deux langues officielles (et de travail) seront peut être en mesure de suivre les débats, mais certainement pas d'intervenir, à tout le moins de façon argumentée et convaincante: en effet, soutenir un raisonnement juridique dans une langue non maîtrisée constitue une véritable gageure! A priori, le cas de figure ainsi évoqué paraît plutôt relever de l'hypothèse d'école, mais il est néanmoins arrivé que la situation de l'un et l'autre juge élu au titre des nouvelles démocraties européennes s'en soit rapprochée.

II. COLLÉGIALITÉ ET COMPORTEMENT DES JUGES

La collégialité ne vise pas uniquement à assurer la défense des intérêts des justiciables ou la sauvegarde de l'égalité des juges. Elle est aussi au service de l'image de marque de la Cour.[37] Or les juges de la Cour européenne sont en mesure de contribuer à une meilleure protection de son autorité ou au contraire de la battre en brèche en fonction du comportement, plus ou moins collégial, qu'ils adoptent.

A- Collégialité et discipline de vote des juges

L'expression "discipline de vote" pourrait s'appliquer à un juge dissident dans une affaire déterminée et qui refuse par la suite de se comporter en objecteur persistant. A cette fin, il fait savoir, dans une opinion séparée, qu'il se rallie pour l'avenir à la solution retenue par la Cour qu'il vient pourtant de désapprouver.[38] Cette attitude peut être rapprochée, mais néanmoins distinguée, de celle consistant pour un juge de déclarer, dans le cadre d'une opinion séparée, qu'il n'objectera plus à la solution adoptée par la Cour dans un précédent arrêt, contre lequel il avait voté et qu'il continue à désapprouver.[39] Dans cette dernière hypothèse, plus encore que dans la précédente, le comportement du juge doit, à vrai dire surtout, s'analyser comme une soumission au respect de la chose jugée, inspiré par la sauvegarde de la cohérence et de la stabilité de la jurisprudence, même si le juge concerné devait se référer au principe de collégialité. Dans ces conditions, il est préférable de circonscrire la notion de discipline de vote à l'attitude par laquelle les juges minoritaires, dans le cadre d'une affaire déterminée, acceptent, notamment par respect de la collégialité, de rallier l'opinion majoritaire sans tenir compte du vote dissident qu'ils ont émis précédemment sur tel ou tel point. En pareil cas, les juges minoritaires demeurent libres d'opiner comme bon leur semble, mais ils sont néanmoins confrontés à un dilemme: "…camper sur leurs positions par fermeté de conviction, au nom de la liberté d'opinion –garantie, après tout, par le Convention- de l'importance qu'ils attachent à une question donnée, et parfois, de le simple rigueur de raisonnement, ou au contraire s'incliner devant la majorité par modestie intellectuelle, par souci de collégialité, par 'esprit de corps' et dans l'intérêt de l'autorité de la Cour."[40]

L'une des illustrations les plus topiques de la discipline de vote concerne l'attitude adoptée par les juges minoritaires sur l'octroi au non d'une satisfaction équitable alors qu'ils ont voté en sens opposé à la majorité sur la question de l'existence d'une violation de la Convention. Ainsi les juges ayant voté en faveur de la violation alors que le Cour majoritairement a conclu à la non violation vont pouvoir se réfréner et partant adhérer à la décision de rejet (pour défaut d'objet) de la demande de satisfaction équitable.[41] De même, les juges minoritaires ayant voté contre la violation vont accepter de se prononcer sur la demande de satisfaction équitable,[42] et le cas échéant voter en faveur

de l'octroi d'une réparation.[43] La discipline de vote est également susceptible de revêtir d'autres formes. Il n'est pas exceptionnel que les juges ayant voté en faveur d'une exception d'irrecevabilité ou d'une exception d'incompétence de la requête acceptent néanmoins de faire abstraction de leur vote, et par suite se prononcent en faveur de la violation de la Convention.[44]

B- Collégialité et liberté d'expression des juges

La faculté reconnue aux juges de la Cour européenne d'exprimer des opinions séparées, et en particulier des opinions dissidentes, est habituellement appréciée à l'aune de leur indépendance: tantôt elle est réputée garantir leur indépendance, tantôt elle est considérée comme un danger pour leur indépendance. Les adversaires de la pratique des opinions séparées n'hésitent d'ailleurs pas, de manière générale, à faire valoir que l'interdiction de celles-ci constitue non seulement une sauvegarde de l'autorité des juridictions, mais aussi un facteur de cohésion et de collégialité de leurs membres. Bien que ce dernier aspect n'ait guère retenu l'attention de la doctrine,[45] il mérite d'être abordé à tout le moins lorsque les critiques figurant dans les opinions séparées se transforment en attaques *ad nominem*, c'est-à-dire lorsque les juges dissidents prennent à partie les juges de la majorité, ou certains d'entre eux. Tel a été assurément le cas dans l'affaire *Jersild:*[46] en effet l'opinion dissidente commune à trois juges a eu tendance à verser dans l'anathème et à mettre en cause, sans détour, la bonne foi de collègues élus au titre de pays d'Europe centrale et orientale.[47] Même en l'absence d'attaques personnalisées, une opinion dissidente particulièrement violente, dans sa tonalité et dans sa formulation, n'est sans doute pas totalement compatible avec l'esprit de collégialité.[48] Dans un registre moins passionnel pourraient, aussi le cas échéant, être jugées comme des entorses à la collégialité, bien comprise, les opinions séparées dénonçant systématiquement les faiblesses structurelles du raisonnement des collègues.[49] Dans ce contexte la résolution sur l'éthique judiciaire adoptée par le Cour le 23 juin 2008, doit certainement être prise en considération. Certes, elle n'a expressément pas établi un devoir de réserve à charge des juges. Néanmoins, elle pourrait être comprise (Disposition VI) comme de nature à contribuer à une meilleure sauvegarde de l'esprit de collégialité au sein de la Cour. Même si la modération dans l'expression qu'elle envisage est surtout fondée sur la protection de l'autorité de la Cour et de l'indépendance des juges.[50]

En tout état de cause, la pratique interne de la Cour soumet la rédaction des opinions séparées à un minimum de collégiabilité. En effet, lors de la rédaction définitive de l'opinion, généralement après le voté définitif, le juge ne saurait présenter une argumentation entièrement nouvelle qui n'aurait pas été préalablement discutée, au moins oralement, avec les autres membres de la formation de jugement.[51]

NOTES

1. PUF, 8ème édition, 2007.
2. S. Guinchard et autres, Droit processuel, Précis, Dalloz, 4ème édition, 2007, n° 338.
3. La collégialité est érigée comme marque distincte du fonctionnement du gouvernement (cabinet ministériel) dans un régime parlementaire. Elle l'est encore davantage en ce qui concerne le gouvernement directorial. A fortiori, constitue-t-elle la clé de voûte traditionnelle du mode de fonctionnement du Conseil fédéral suisse. Voir notamment, J.-F Aubert, Exposé des institutions politiques de la Suisse à partir de quelques affaires controversées., Payot, Lausanne, 1983, 2ème édition, pp. 229-230.
4. J-P. Costa, D'un Palais à l'autre, Quelques remarques sur la vie au Conseil d'Etat et à la Cour européenne des droits de l'homme, in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice, Dalloz, 2007, p. 197.
5. Elle ne l'est pas davantage dans la jurisprudence. Tout au plus pourrait-on faire état d'incises abordant le principe de collégialité comme un éventuel antidote aux risques de partialité de membres de la juridiction pris isolément (en ce sens, voir l'arrêt du 20 mai 1998, Gautrin et autres c./France, n°21257/93 et s.). Dans le contentieux mettant en cause l'impartialité du commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat (Arrêts du 7 juin 2001, Kress et du 12 avril 2006, Martinie), le gouvernement français avait invoqué le principe de collégialité aux fins de justifier la participation du commissaire du gouvernement au délibéré. Mais la Cour n'a pas répondu à cet argument.
6. Pour autant qu'il réponde aux exigences du procès équitable (voir entre autres l'arrêt du 30 novembre 2006, Grecu c./Roumanie, n°75101/01: l'inconventionnalité retenue par la Cour sanctionne le fait que le juge unique en cause dans l'espèce n'avait pas été «établi par la loi», et non sur caractère de juridiction non collégiale).
7. Même si le terme même de collégialité n'apparaît ni dans le texte de la Convention, ni dans celui du Règlement de la Cour.
8. Fl. Rivière, Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, Bruylant, 2004, p. 9.
9. Publiée en 2005 par les éditions Pedone.
10. op. cit., p. 248 et s.
11. op. cit., pp. 324-326.
12. En l'état actuel de la société internationale, il n'est guère concevable qu'un juge unique soit habilité à «condamner» civilement un Etat pour violation des droits de l'homme internationalement garantis.
13. Le 27 octobre 1993, la Cour a décidé, qu'à l'avenir, les Chambres se dessaisiraient au profit de la Grande Chambre composée de dix-neuf juges, qui elle-même pourrait, dans des cas exceptionnels se dessaisir au profit de la Cour plénière.
14. Sur ce point, voir J. Callewaert, Article 55 in L.E. Pettiti et autres, La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Economica, 1995, p. 874.
15. Elle n'exerce plus que des fonctions électives, réglementaires, administratives (Article 26 de la CEDH et article 26 du Règlement).
16. Selon l'article 27(3) de la Convention, la Grande Chambre appelée à statuer sur l'affaire faisant l'objet du renvoi comprendra, sauf déport de leur part, le Président de la Chambre qui a connu précédemment de la requête et le juge ayant siégé au titre de l'Etat partie intéressée.
17. J-F Flauss, La nouvelle procédure in Le protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'homme, Droit et Justice, volume 15, Nemesis-Bruylant, 1995, p. 62.
18. M-A. Eissen, L'aspect institutionnel in Le protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'homme, ibidem, pp. 44-45.
19. Article 27(3)nouveau: «Un juge unique peut déclarer une requête introduite en vertu de l'article 34 irrecevable ou la rayer du rôle lorsqu'une telle décision peut être prise sans examen complémentaire».
20. Article 36(2) de la CEDH et article 44 (2ª et 4) du Règlement de la Cour.
21. L. Sicilianos, La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme in H. Ruiz Fabri et J-M. Sorel (dir.), Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales, Pedone, 2005, p. 123 et s.

    J-F. Flauss, Les organisations non gouvernementales devant les juridictions internationales compétentes dans le domaine de la protection

des droits de l'homme in J-F. Flauss (dir.), Les organisations non gouvernementales et le droit international des droits de l'homme, Bruylant, 2005, p. 71 et s.

L. Hennebel, Le rôle des amici curiae devant la Cour européenne des droits de l'homme, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2007, p. 641 et s.

22. En réalité, la décision est souvent mise en concertation avec le greffier (de chambre ou de la Cour).

23. Tel le groupe de travail sur les méthodes de travail de la Cour ou encore tel le groupe de travail sur l'article 41 de la Convention.

24. En ce sens, voir M. de Salvia, L'administration d'une juridiction internationale: l'exemple du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, Revue française d'administration publique, n°126, 2008, p. 340.

25. Article 20(4) de la Convention (rédaction antérieure au 1er novembre 1998).

26. En pratique, elle était initiée conjointement par le Président de la Commission et par le Secrétaire de celle-ci.

27. Article 22(3) du Règlement.

28. Dans l'ancienne Cour, il en allait autrement dès lors que le nombre des juges composant la Cour plénière pouvait être un nombre pair. Dès lors la voix du Président de la Cour a pu effectivement être prépondérante (voir en ce sens l'affaire Markt intern Verlag Gmbh et Klaus Beerman c./Allemagne, Arrêt du 20 novembre 1989, Série A, n° 165.

29. Article 23 A. Disposition introduite dans le Règlement en 2004.

30. Document 1983 de la Cour.

31. Depuis 1998, les deux juges sont en principe le juge rapporteur et le juge national. La résolution de 1983 précitée sur la pratique judiciaire interne de la Cour indiquait que le Président fait son choix parmi les juges de la majorité provisoire qui a paru se dégager à l'issue de la première délibération.

32. En ce sens, V. Berger, L'élaboration de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, XIème Colloque national de défense pénale (Marseille, mai 1992), Syndicats des avocats de France, mai 1993, p. 27.

33. Expressions employées par M. Eudes, La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., pp. 324-325.

34. Présents dans les deux formations de Grande Chambre existant au sein de la Cour, les «notables» institutionnels sont à même de peser, davantage que leurs collègues, sur le processus de décision de la Cour.

35. En raison de sa connaissance du dossier «son opinion sur l'affaire en question est nécessairement déterminante pour ses collègues». M. Eudes, La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 325. Voir aussi dans le même sens, le point de vue d'un ancien greffier et jurisconsulte de la Cour, M. de Salvia, Questions pratiques à l'orée de la nouvelle Cour: vieux problèmes, nouvelles solutions? in J-F. Flauss et M. de Salvia (ed), La Convention européenne des droits de l'homme: développements récents et nouveaux défis, Droit et Justice, n°19, Nemesis-Bruylant, 1997, p. 61.

36. Un tel propos ne manquera pas selon toute vraisemblable, d'être considéré comme dépourvu de tout fondement. Pourtant sous couvert d'anonymat ou en privé, certains juges n'hésitent pas à tenir un discours tout à fait comparable, et parfois même encore plus abrupt.

37. Tout comme le sont, à leur manière, les directives et recommandations figurant dans la Résolution sur l'éthique judiciaire adoptée par la Cour, le 23 juin 2008. Sur ce point, J-F. Flauss, Les obligations déontologiques des juges de la Cour européenne des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur de P. Pararas, Ant Sakkoulas, Bruylant, 2009, pp. 204 et s..

38. A titre d'illustration, voir la position exprimée par le juge Bonello, dans son opinion concordante, sous l'arrêt du 28 juin 2001, FR c./Suisse, requête n°37292/97. Bien que refusant par principe d'admettre que le constat de violation puisse constituer en soi une satisfaction équitable pour la réparation du préjudice moral, le juge maltais déclare «Ayant exposé mon point de vue, et dans l'intérêt de la collégialité, de la sécurité juridique et pour éviter, chaque fois que possible, une fragmentation du processus décisionnel, je me rallierai à l'avenir dans les affaires analogues».

39. En ce sens par exemple la position du président Costa déclarant, que par discipline contentieuse, il n'objectera plus au brevet de conventionnalité accordé par la Cour dans l'arrêt Maaouia c./France du 5 octobre 2000 au système dit de «la double peine» applicable aux étrangers (opinion concordante dans l'affaire Benhebba c./France, n° 53441/99 du 10 juillet 2003). Voir également l'opinion concordante de la juge

Steiner sous l'arrêt du 26 février 2009, Verein der Freunde der Christengemaindschaft et autres c./Autriche, requête n° 76581/01.

40. M-A. Eissen, Discipline de vote à la Cour européenne des droits de l'homme in J. O'Reilly (ed), Human Rights and Constitutional Law, Essay in honor of Brian Walsch, Dublin, The Round Hall Press, 1992, p. 83.
41. Voir entre autres, arrêt du 26 avril 1991, Asch c./Autriche, série A, n° 203.
42. Examinée simultanément dans le cadre du même arrêt.
43. En ce sens, voir par exemple: arrêt du 6 novembre 1980, Guzzardi c./Italie, Série A, n°39 ; arrêt du 25 octobre 1990, Thynne ; Wilson et Gunnell c./Royaume Uni, Série A, n°180 (dans cette affaire le juge Thor Vilhjahmsson justifie son attitude comme suit «J'ai voté sur la question de l'article 50. comme le veut la coutume pour les juges appartenant à la minorité quant au bien-fondé d'une affaire»).
44. Pour des exemples en ce sens, voir M-A. Eissen, Discipline de vote à la Cour européenne des droits de l'homme, précité, p. 75.
45. En particulier, la question n'est envisagée ni par Fl. Rivière, Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit. supra, note 6, ni par M. Eudes, La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit. supra, note 7.
46. Arrêt de Grande Chambre du 23 septembre 1994, Série A, n° 289.
47. Opinion des juges Gölcuklü, Russo et Valticos.
48. En ce sens l'opinion dissidente virulente du juge Borrego-Borrego sous l'arrêt de Grande Chambre du 13 novembre 2007, DH et autres c./République tchèque, n° 57325/00.
49. A cet égard, il est concevable de penser aux opinions séparées fleuves du juge Martens à la fin des années quatre vingt et au début des années quatre vingt dix.
50. A vrai dire, elle ne fait que confirmer la règle de bonne conduite précédemment consacrée par une note interne de la Cour. Celle-ci disposerait que «(a)ny criticism of the views of the majority or of other judges should be couched in temperate language». Voir D. Spielmann, Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme, Journal des Tribunaux, 2007, p. 312.
51. En ce sens, D. Spielmann, Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme, précité, p. 312. En l'espèce, le juge luxembourgeois fait état de la note interne de la Cour qui précise que «(n)o separate opinion which has not been announced during the second deliberations will be accepted after the adoption of the judgment».

EL CASO WITZ RODRÍGUEZ A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LÍMITES

Julieta Morales Sánchez
Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM);
Maestra em Derecho con Mención Honorífica por la misma Institución;
Especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla-La Mancha;
Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas;
Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El respeto irrestricto de los derechos humanos[1] constituye uno de los elementos fundamentales de los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho. Sin embargo, y a pesar de todos los esfuerzos nacionales e internacionales, no se han logrado prevenir, sancionar ni erradicar las violaciones a los mismos.

Los Estados son los primeros responsables de la protección, defensa y garantía de los derechos humanos, por lo que juegan un papel fundamental. Sin embargo, la historia muestra que, en múltiples ocasiones, son los Estados los que por acción u omisión violentan los derechos.

En este contexto, los Poderes Judiciales tienen gran importancia ya que a través de sus resoluciones se pueden reparar y sancionar violaciones a los derechos humanos, evitando que los casos lleguen a instancias internacionales.

El presente estudio se centra en el derecho a la libertad de expresión, el cual es fundamental en una sociedad democrática. Sergio Hernán Witz Rodríguez publicó un poema[2] que, según la Secretaría de Gobernación, ultrajaba a la bandera nacional y fue denunciado por la presunta comisión del delito "ultrajes a las insignias nacionales";[3] se le dictó auto de sujeción a proceso, contra el que promovió un amparo indirecto ante un Tribunal Unitario de Circuito que negó y sobreseyó. Contra este fallo Witz Rodríguez promovió revisión y el Tribunal Colegiado que previno reservó jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), exclusivamente para conocer de los planteamientos de inconstitucionalidad contra el artículo 191 del Código Penal Federal. La Primera Sala de la SCJN resolvió en definitiva, negando el amparo al quejoso (Amparo en Revisión 2676/2003, del 5 de octubre de 2005) y determinó que el artículo 191 era constitucional, además de que constituía un límite de la libertad de expresión.

El presente trabajo consta de dos partes perfectamente definidas. En la primera de ellas se analizará la resolución de la Primera Sala de la SCJN en el Amparo en Revisión 2676/2003 a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se hará, con base en éste, un ejercicio propio de ponderación constitucional que ofrezca otra perspectiva sobre la resolución de este caso.[4] En la segunda parte se hará una somera reflexión sobre la interpretación de normas que contienen derechos humanos, ya que éstas no pueden ni deben interpretarse de la misma forma que el resto de la normatividad.

II. CASO WITZ RODRÍGUEZ: SENTENCIA, PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL Y ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el presente apartado, se retomarán algunos párrafos que se estiman relevantes dentro de la sentencia de la Primera Sala de la SCJN y se analizarán a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos,[5] en un ejercicio propio de ponderación.

La Primera Sala de la SCJN sostuvo que si la dignidad de la nación "es el bien jurídico prote-

gido… resulta necesario precisar si encuentra fundamento constitucional, pues si éste existe, tendrá que *admitirse forzosamente* que se tratará de un *límite a la libertad de expresión*. En efecto: *ante dos normas de igual rango*, pertenecientes ambas a la Constitución, debe entenderse que *si una concede cierto derecho y la otra lo limita*, ésta constituye *un caso de excepción* del primero";[6] sin embargo, en ninguna parte se argumenta por qué la "dignidad de la nación" constituiría un límite para la libertad de expresión por el único hecho de encontrarse en la Constitución. En efecto, la Primera Sala de la SCJN no fundamenta el por qué la "dignidad de la Nación", que no se encuentra prevista expresamente entre las limitantes de los artículos 6º y 7º constitucionales,[7] constituye un límite a la libertad de expresión. Aunado a lo anterior, el artículo 1º es muy claro en cuanto a que no podrán restringirse los derechos (llamados incorrectamente por la Constitución como "garantías individuales") que prevé la Constitución sino en los casos que ella misma establece (y que, como ya se mencionó, están considerados expresamente en los artículos 6 y 7). Así, el razonamiento de la SCJN contraviene el artículo 1º constitucional.

También sostuvo que de la conjunción de los artículos 3,[8] 73 (fracción XXIX-B)[9] y 130 (párrafo segundo, inciso e)[10] de la Constitución, es posible desprender que ésta protege a los símbolos patrios de usos "irreverentes."

Al resolver que la "dignidad de la nación" es un bien jurídico tutelado por la Constitución y que por ese hecho es un límite a la libertad de expresión, la mayoría de la Primera Sala interpretó de manera imprecisa el texto constitucional, pues de los artículos mencionados (3, 73 y 130) no es posible desprender que la libertad de expresión tiene en la "dignidad de la nación" un límite constitucional. La Primera Sala de la SCJN omitió realizar una interpretación sistemática de nuestra Norma Fundamental. Lamentablemente interpretó sólo 3 artículos (3, 73 y 130) y a través de su correlación obtuvo una interpretación *ad hoc* y no integral del texto constitucional (por ejemplo, omitió el ya referido artículo 1º).

Siguiendo con el razonamiento de la Primera Sala, en lo que concierne al artículo 3º "precisa que una de las funciones de la educación es la de fomentar el amor a la patria. Resulta contraituitivo que no pueda castigarse la acción de tratar irreverentemente a los símbolos patrios y, sin embargo, que deba fomentarse el amor a la patria, si es que aquéllos son los símbolos que representan ésta."

Pero los ministros de la mayoría no apreciaron que el "respeto a los símbolos patrios" y el "amor a la patria" no son sinónimos, ni conceptos que forzosamente tengan que estar vinculados, es decir, una persona puede amar profundamente a su patria y no respetar, valorar, ni homenajear (de la misma forma que la mayoría) a los símbolos. Olvidaron que el Estado mexicano actual es plural, multicultural y democrático y que en este tipo de Estados no se pueden restringir los derechos humanos discrecionalmente, sin justificación, ni por valoraciones personales.

Una muestra del carácter heterogéneo de la sociedad mexicana se encuentra en el caso de los niños Testigos de Jehová que se niegan a rendir honores a la bandera y por esta causa son sancionados por las autoridades educativas. Para proteger sus derechos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha tenido que emitir diversas recomendaciones.[11]

La argumentación[12] de la SCJN en lo que se refiere a la fracción XXIX-B del artículo 73 es cuestionable, ya que se basa en el análisis del proceso legislativo por el que se incorporó está fracción. Dicho proceso, básicamente, se centra en el combate a la anarquía en la representación del escudo, el uso del himno y la bandera, y no en la limitación de la libertad de expresión.

El razonamiento de la Primera Sala de la SCJN respecto al artículo 130 no es más afortunado. La única referencia explícita que hace la Constitución respecto a los símbolos patrios se encuentra en el artículo 130, párrafo segundo, inciso e), y en ella se prohíbe a los ministros de culto agraviar, de cualquier forma, a los símbolos patrios. Pero la consideración de esta prohibición en el texto constitucional no es razón suficiente para hacerla extensiva a todas las personas. En un ejercicio inductivo se hizo la proyección de la prohibición porque "ni el artículo 130 ni ningún otro artículo constitucional prohíben de forma expresa castigar las conductas ultrajantes hacia los símbolos", es decir, la SCJN infirió que donde no hay prohibición expresa para la autoridad (en este caso legislativa) se puede concluir que dicha autoridad tiene competencia para ello. Razonamientos como estos violentan el principio de legalidad. [13]

La mayoría de la Primera Sala también reconoció que en otros sistemas jurídicos los tribunales constitucionales han declarado que disposiones como el artículo 191 del Código Penal Federal constituyen límites indebidos a la libertad de expresión, pero afirman que "ello ha sido porque en

sus Constituciones no se encuentra, como en la nuestra, un *mandato expreso* sobre la necesidad de salvaguardar semejantes emblemas de acciones ultrajantes, que ameritan ser castigadas"; el problema es que nunca se justifica en qué parte de la Constitución mexicana se encuentra ese "mandato expreso."

Después de su análisis constitucional, la mayoría de la Primera Sala de la SCJN pasó a la reflexión del "sistema normativo secundario" e hizo referencia tanto al Código Penal como a la Ley sobre la Bandera, el Escudo y el Himno, los cuales son normatividades federales. Pero en México, al hacer un análisis constitucional, se debe de acudir en primera instancia a los instrumentos internacionales ratificados antes que a las leyes federales, ya que según tesis[14] de la propia SCJN (desde 1999) los tratados internacionales se encuentran jerárquicamente por debajo de la Constitución, pero por encima de la legislación federal.

La Primera Sala no consideró que entre los tratados internacionales suscritos[15] por México, y las limitaciones a la libertad de expresión previstas en ellos se encuentran: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primer instrumento establece como limitantes del derecho a la libertad de expresión, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público y la salud o moral públicas (artículo 19); mientras que el segundo instrumento reitera estas mismas limitaciones pero también indica que "este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y *difundir informaciones* e ideas de toda índole..." (artículo 13). Así, de los instrumentos internacionales suscritos por México tampoco puede desprenderse que el respeto a los símbolos patrios sea un límite para la libertad de expresión.

Sin lugar a dudas, el poeta Sergio Hernán Witz Rodríguez *no dañó derechos de terceros, ni* atacó la moral, no provocó delito alguno, ni perturbó el orden[16] o paz públicos. Desde la publicación del poema en abril de 2001 hasta la emisión de la sentencia en octubre de 2005, no se produjo ningún delito, acto de violencia ni se puso en peligro el orden ni paz públicos.

Siguiendo con el ejercicio personal de ponderación y para coadyuvar a esta interpretación integral de la Constitución, que permita determinar si el artículo 191 es o no constitucional, se estima necesario recurrir a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en materia de libertad de expresión. En virtud del artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la CorteIDH es el intérprete de este instrumento y la interpretación que ésta realiza es parte integrante de la Convención Americana.[17] Por tanto, y por efecto del artículo 133 constitucional, el Estado mexicano debe de seguir las directrices establecidas por la CorteIDH para no exponerse a una sentencia condenatoria de su parte y evitar cualquier tipo de responsabilidad internacional.

En lo que se refiere a la temática de este estudio, la CorteIDH ha establecido que "…cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas... En efecto, ésta (la libertad de expresión) requiere por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno…"[18]

La CorteIDH enfatiza que la libertad de expresión es una piedra angular para la existencia de una sociedad democrática;[19] además, ha diseñado una fórmula cuidadosa para determinar la admisibilidad de las restricciones a la libertad de expresión:

> la necesidad y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas *a satisfacer un interés público imperativo.* Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe acogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, *no es suficiente que se demuestre*, por ejemplo, *que la ley cumple un propósito útil y oportuno*; para que sean compatibles con la Convención *las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que*, por su importancia, *preponderen claramente* sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser *proporcional* al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.[20]

Aunado a lo anterior, en caso de conflicto entre dos derechos o bienes jurídicamente protegidos, la Corte ha señalado que "la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la pon-

deración que se haga a través de un juicio de proporcionalidad";[21] y que "para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro."[22] En este caso la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión o hacia "la dignidad de la nación."

En aras de este análisis integral y sistemático del ordenamiento constitucional mexicano, es relevante señalar las directrices bajo las cuales debe realizarse la interpretación de los derechos fundamentales en la actualidad.

La interpretación de estos instrumentos debe de seguir el principio *pro homine*.[23] En este sentido se han pronunciado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador,[24] el Tribunal Constitucional del Perú[25] y la Corte Constitucional de Colombia.[26] La Convención Americana especifica que sus disposiciones 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" (artículo 29, inciso b); este principio 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 al derecho humano y viceversa.

En el derecho interno mexicano, el *Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en fecha anterior a la sentencia del caso Witz Rodríguez, establece las implicaciones y obligatoriedad del principio pro homine en aras de la protección de la persona y en cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado mexicano.*[27]

Aunque es claro que las tesis de los Tribunales Colegiados[28] no son de obligatoria aplicación para la SCJN, sí se estima adecuado retomarlas con la finalidad de darle uniformidad, consistencia y coherencia a la interpretación realizada por los tribunales que integran el Poder Judicial de la Federación, además de que con ello se consolida la seguridad jurídica para los gobernados.

En el caso Witz Rodríguez, la Primera Sala de la SCJN no observó lo dispuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Se estima, por todo lo antes argumentado, que el delito de ultrajes a las insignias nacionales no puede implicar un límite a la libertad de expresión debido a que no satisface un interés público imperativo y no constituye un objetivo colectivo que prepondere claramente sobre la libertad de expresión. Por lo cual, la interferencia al derecho a la libertad de expresión es grave, mientras que la importancia de satisfacer el bien constitucional opuesto (la dignidad de la nación) es nula, o en el mejor de los casos, leve. En conclusión, en este caso, la importancia de satisfacer la "dignidad de la nación" no justifica la restricción, ni el detrimento o insatisfacción del derecho a la libertad de expresión.

Así, el límite que se estableció a la libertad de expresión de Witz Rodríguez, a través del delito tipificado en el artículo 191 del Código Penal Federal no es constitucional. Una muestra de lo cuestionable de esta resolución se encuentra en la multa de 50 pesos que se impuso como sanción a Witz Rodríguez.[29]

Sancionar penalmente al disidente, al que piensa de forma distinta a una relativa mayoría, es propio de Estados fascistas, autoritarios y represores. La SCJN ha sentado posteriormente algunos criterios jurisprudenciales pertinentes en materia de libertad de expresión[30] y es por ello que no puede permitir que resoluciones como la del Caso Witz Rodríguez vuelvan a producirse. La SCJN como intérprete de la Constitución y de las leyes puede ampliar o restringir sus alcances y cuando esa Constitución o leyes contienen derechos humanos, el intérprete puede ampliar o restringir el ejercicio de los mismos.[31] Ahí radica su importancia y compromiso.

III. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EL PODER JUDICIAL FEDERAL: RETOS Y PERSPECTIVAS

Los Estados tienen un papel primordial en la protección de los derechos humanos. Una muestra de ello se encuentra en el carácter complementario y subsidiario que tiene el sistema internacional de protección de derechos humanos. Pero también es cierto que ya no se puede visualizar al Estado como ese ente omnipotente capaz de imponer su voluntad sin seguir ninguna directriz y sin tener ningún límite. Hoy los Estados tienen que cumplir sus compromisos internacionales y respetar las normas de *jus cogens*[32] de derechos humanos: "la primacía del Derecho internacional

es clara en cuanto constituye un límite jurídico al poder del Estado."[33]

La SCJN ha bosquejado, en tesis aislada, una forma de interpretar los tratados internacionales;[34] sin embargo, los tratados internacionales de derechos humanos tienen una naturaleza especial,[35] por lo que no pueden ser interpretados de la misma forma que tratados de otras materias. Pérez Luño habla de 4 principales enfoques o teorías de interpretación de derechos humanos;[36] debido a que el análisis de éstos y la formulación integral de una teoría de interpretación de derechos humanos exceden la extensión y objetivos del presente estudio, solamente se mencionarán algunos lineamientos generales sobre la materia que puedan orientar la interpretación de los derechos humanos en México.

Se considera que las directrices básicas que los intérpretes constitucionales deben de 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 México;[37] b) toda interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos debe atender al principio *pro homine*; 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;[38] y e) a la par del control de constitucionalidad se debe de realizar el "control de convencionalidad."[39]

En México es necesario dinamizar y fortalecer el derecho interno a través de la recepción amplia y desprejuiciada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El papel del Poder Judicial de la Federación es fundamental y exige a los juzgadores un profundo conocimiento de esta rama del Derecho. Los derechos humanos no siempre han sido bien entendidos, suficientemente apreciados y oportunamente defendidos; aún no es tarde para empezar a hacerlo.

NOTAS

1. No se entrará en este estudio a analizar la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales. Para efectos de este trabajo se manejarán indistintamente.
2. Una revista local del estado de Campeche denominada "Criterios", en la página 17 de su número 44, de abril de 2001, publicó el poema "INVITACIÓN. (La Patria entre mierda)", cuyo contenido es el siguiente: *"Yo me seco el orín de la bandera de mi país, ese trapo sobre el que se acuestan los perros y que nada representa, salvo tres colores y un águila que me producen un vómito nacionalista o tal vez un verso lopezvelardiano de cuya influencia estoy lejos, yo natural de esta tierra, me limpio el culo con la bandera y los invito a hacer lo mismo: verán a la patria entre la mierda de un poeta."*
3. Previsto en el artículo 191 del Código Penal Federal, que a la letra dice: "Al que ultraje el escudo de la República o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra, se le aplicará de seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos o ambas sanciones, a juicio de juez."
4. Esta resolución de la Primera Sala de la SCJN ya ha sido abordada por diversos doctrinarios desde el punto de vista jurídico-positivo nacional y desde la visión filosófica.
5. Principalmente se hará referencia a los instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
6. Véase la sentencia completa en http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/3677BB93-9CCC-4981-A678-6C02BDA2607D/0/AMPARO_EN_REVISIoN_26762003PRIMERASALA.doc (fecha de consulta: 28 de enero de 2009).
7. Los límites a la libertad de expresión y a la libertad de imprenta están claramente contenidos en los artículos 6 y 7 constitucionales: no atacar la moral ni los derechos de terceros, no provocar algún delito ni perturbar el orden público, respetar la vida privada y paz pública. El voto de la minoría (Ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza) describe las razones por las que el respeto a los símbolos patrios no encuadra en ninguna de las limitantes previstas por los artículos 6 y 7.
8. El artículo 3, párrafo segundo, señala: "La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia."
9. El numeral en mención contiene las facultades del Congreso de la Unión, entre las que se encuentra la de "legislar sobre las características y uso de la Bandera, Escudo e Himnos Nacionales."
10. El cual indica: "Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor de o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, *ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios*."
11. Véase recomendaciones 4/96, 88/96, 1/2002, 11/2002 y 7/2003. En su Recomendación General número 5, de mayo de 2003, menciona que "las autoridades escolares al aplicar sanciones a los alumnos Testigos de Jehová están sujetando el ejercicio (de los derechos) al cumplimiento de una obligación contenida en una ley secundaria, interpretación que atenta contra la supremacía constitucional consagrada en el artículo 133 de la Constitución…" y cita la tesis de 1999 del Pleno de la SCJN sobre la jerarquía de los tratados internacionales. Véase http://www.cndh.org.mx/recomen/general/005.htm (fecha de consulta: 28 de enero de 2009).
12. La SCJN dijo: "El artículo 73, fracción XXIX-B constitucional establece a favor del Congreso de la Unión la facultad para legislar sobre las características y uso de la bandera, escudo e himno nacionales. *De la interpretación histórica* de dicha regla es posible desprender que en ella se encuentra el fundamento constitucional para la existencia de los símbolos patrios y *el fundamento constitucional para que su protección sea uno de los límites de la libertad de expresión.* Además, el mismo Congreso de la Unión tiene la facultad para legislar en materia penal y establecer los delitos contra la Federación e imponer su castigo (artículo 73, fracción XXI, constitucional). De la conjunción de *ambas reglas se sigue que uno de los mecanismos de protección de los símbolos patrios es el establecimiento de tipos penales que castiguen las acciones ultrajantes* en su contra. Si ello es

correcto o no y si es o no acorde con la realidad que actualmente vive el país, no corresponde decidirlo a esta Suprema Corte; legislar en este sentido compete en exclusiva al poder reformador de la Constitución. A este Alto Tribunal sólo atañe verificar si el delito previsto en el artículo 191 del Código Penal Federal encuentra sustento constitucional… las fracciones XXIX-B y XXI del artículo 73 constitucional no son normas que exclusivamente facultan al Congreso para legislar... La interpretación realizada por esta Primera Sala es que *la fracción XXIX-B es una norma que atribuye una facultad al Congreso, pero no sólo eso, sino que, leída de acuerdo con los trabajos legislativos que le dieron creación, contiene un reconocimiento de que existen los símbolos patrios y de que éstos merecen tutela respecto de actos irrespetuosos, incluso en el orden penal."*

13. Es claro que si el constituyente originario tuvo que realizar una excepción explícita, es porque en el momento en el que realizó la Constitución (1917) se tenía en mente un principio de legalidad estricto, es decir, el gobernado puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido y la autoridad sólo puede hacer aquello que le está expresamente permitido. Y aunque actualmente hay quienes sostienen que este principio está en crisis, si el Constituyente originario no estableció expresamente en la Constitución el respeto a los símbolos patrios como un límite para la libertad de expresión es simplemente porque no es así. Respecto a la crisis del principio de legalidad, *cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia,* trad. Marina Gascón, 7ª ed., Trotta, Madrid, 2007, pp. 34-39 y Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, trad. Miguel Carbonell *et.als*., Trotta, Madrid, 2008, p. 258.

14. En un primer momento, la SCJN había considerado que los tratados internacionales y las leyes federales se encontraban al mismo nivel, y ambos debajo de la Constitución. Fue en 1999 cuando la SCJN abandona el criterio anterior, a través de una tesis aislada y establece que "los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local." TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (rubro). Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, noviembre de 1999, p. 46, tesis: P. LXXVII/99. Posteriormente la SCJN precisó que "los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos… contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo cumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional." TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL (rubro). Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, abril de 2007, p. 6, tesis: P. IX/2007.

15. Con carácter jurídicamente no vinculante se encuentran: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual establece que toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio (artículo IV); y la Declaración Universal de Derechos Humanos que incluye, dentro del derecho a la libertad de expresión, el derecho de todo individuo a no ser molestado a causa de sus opiniones (artículo 19).

16. En virtud de que no existe una definición uniforme de *orden público*, se puede retomar el concepto elaborado por la CorteIDH, en su Opinión Consultiva OC-5/85 *Colegiación obligatoria de periodistas,* de 13 de noviembre de 1985, párrafo 68, en donde establece que el orden público se constituye por "las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios."

17. Algunos tribunales se han pronunciado en este sentido, como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que menciona "que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, expediente 0421-S-90, núme-

ro 2313-95, 9 de mayo de 1995, considerando VII, en revista *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Corte Interamericana de Derechos Humanos/ Universidad Nacional Autónoma de México/Fundación Konrad Adenauer, número 1, julio-diciembre de 2006, México, p. 37.

18. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-05/85…, *cit.*, párrafo 30.

19. *Ibidem*, párrafo 70.

20. *Ibidem*, párrafo 46. En sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las sentencias más relevantes en esta materia, que han sido retomadas posteriormente, son las de los *Casos Sunday Times* (párrafos 62 y 65) de 26 de abril de 1979 y *Castells* (párrafo 42) de 23 de abril de 1992, en donde se establece que la libertad de expresión "no sólo comprende las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, *sino también aquellas que chocan, ofenden o inquietan; así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática*… Como precisa el artículo 10, el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones y sanciones que deben no obstante interpretarse estrictamente, debiendo establecerse su necesidad de forma convincente…" *Cfr.* Díaz Revorio, Francisco Javier (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2004, *passim.*

21. *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Kimel*, sentencia 2 de mayo de 2008, párr. 51.

22. *Cfr. Ibidem*, párr. 84. En un sentido similar se ubica la doctrina, *Cfr*. Andrés Ibañez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 5.

23. Definido por la doctrina como: "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." Pinto, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermeneútica 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*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163. Carpio Marcos, siguiendo a Sagués, sostiene que este principio tiene dos variantes: A) Directriz de preferencia interpretativa, que a su vez se compone de: principio *favor libertatis* y principio de protección a víctimas; y B) Directriz de preferencia de normas. *Cfr.* Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, pp. 28-34.

24. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha sostenido que la Constitución "–en integración con los instrumentos internacionales que consagran y desarollan derechos humanos- dirige sus ámbitos de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad: dignidad, libertad e igualdad… de la cual se deriva la regla hermenéutica a favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella, no sólo determina la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales, sino que, además, permite proponer una apertura normativa hacia ellos… corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona... En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos." Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras, sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, 1 de abril de 2004, en *ibidem*, pp.158-161.

25. El Tribunal Constitucional del Perú ha mencionado que "…no (se) alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación *pro homine* de los

derechos fundamentales… El Estado peruano no sólo ha ratificado la Convención Americana de (*sic*) Derechos Humanos (12 de julio de 1978), sino que… ha reconocido como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana que le sea sometido…En dicha perspectiva, las obligaciones relativas a la interpretación de los derechos constitucionales no sólo se extienden al contenido normativo que de ella realiza la Corte a través de sus decisiones… En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH (CorteIDH), reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado…hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego a este Tribunal..." *Cfr*. Tribunal Constitucional de Perú, expediente N2730-2006-PA/CT, Caso de Arturo Castillo Chirinos, 21 de julio de 2006, en revista *Diálogo Jurisprudencial…*, *op. cit.*, número 2, enero-junio de 2007, pp. 275-300.

26. La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-148/05, refiere que "de acuerdo con… el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanos conocida también como principio *pro homine*…" *cfr*. Sentencia C-148/05, demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones "grave", del artículo 10, numeral 1, y "graves" contenida en los artículos 137 y 178 de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal", 22 de enero de 2005, en *ibidem*, pp. 175 y 179.

27. Se estableció que "el principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria." PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA (rubro). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Febrero de 2005, p. 1744, tesis: I.4o.A.464 A. *Previamente a esta tesis se encuentra:* PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN (rubro). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Octubre de 2004, p. 2385, tesis I.4o.A.441 A.

28. Otros ejemplos de interpretaciones respetuosas de los derechos humanos y de los compromisos internacionales contraídos por el Estado mexicano se encuentran en las siguientes tesis de Tribunales Colegiados de Circuito: DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS (rubro). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Agosto de 2008, p. 1083, tesis: I.7o. C.46 K; TRATADOS INTERNACIONALES. LA NORMA PROGRAMÁTICA PREVISTA EN LA FRACCIÓN III, INCISO B) DEL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, ES CONTRARIA AL ARTÍCULO 8.2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (rubro). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Mayo de 2005, p. 1586, tesis: II.1o.P.137 P; TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES (rubro). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Septiembre de 2004, p. 1896, tesis: I.4o.A.440 A.

29. *Cfr*. http://www.eluniversal.com.mx/nacion/159308.html (fecha de consulta: 28 de marzo de 2009).

30. Los criterios son: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO (rubro). Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, p. 1520, tesis: P./J. 25/2007; LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6º Y 7º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO (rubro). Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, p. 1522, tesis: P./J. 24/2007; y LIBER-

TAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES (rubro). Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, p. 1523, tesis: P./J. 26/2007. En los cuales se habla del derecho a difundir informaciones e ideas de toda índole, que los límites a la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia son el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública; y que los límites a la libertad de expresión son límites tasados y directamente especificados en la Constitución Federal. Sin duda, estos criterios muestran la posición actual de la SCJN en lo relativo a la libertad de expresión.

31. Y es que las Constituciones en múltiples ocasiones tienen redacciones y contenidos abiertos e indeterminados, como menciona Gregorio Peces-Barba: "los derechos aparecen normalmente en las constituciones, sin que se especifique cuál es su significado concreto." Y corresponde a los operadores jurídicos esa asignación. "En primer lugar al legislador, pero a continuación a los restantes sujetos que utilizan el derecho… En este sentido, a la hora de dotar de significado a estas figuras, el papel de la interpretación es clave." Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 577-578. Aunque la interpretación puede corresponder a múltiples funcionarios o instituciones, el papel más relevante o de mayor trascendencia en la interpretación de los derechos humanos lo desempeñan los órganos jurisdiccionales. Retomando a Rubio Llorente se puede decir que la interpretación jurídica de los derechos humanos es, esencialmente, la "interpretación judicial de los derechos humanos." Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 584-585.

32. Definida en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

33. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 76.

34. TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (rubro). Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Diciembre de 2002, p. 292, tesis: 2ª. CLXXI/2002.

35. En este sentido, *cfr.* Opinión Consultiva OC-02/82 *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,* de 24 de septiembre de 1982, párrafos 27-30; y caso *Ivcher Bronstein vs Perú*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrafos 42-45, en los cuales retoma las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Irlanda vs Reino Unido* y *Soering*.

36. Los 4 enfoques son: teoría liberal positivista, teoría del orden de los valores, teoría institucional y teoría jusnaturalista crítica. *Cfr*. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 301-316.

37. 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 mexicano.

38. Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 365.

39. "La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

THE ROLE OF THE COUNCIL OF EUROPE AND ITS COMMITTEE OF MINISTERS

ANALYZING THE EFFICIENCY OF MEASURES TAKEN UNDER ARTICLE 46(2) OF THE ECHR

Leo Zwaak
Senior Researcher and Senior Lecturer at Utrecht University and the Netherlands Institute of Human Rights;
Visiting Professor in the Masters Program on Human Rights and Democratization at the University of Malta

1. INTRODUCTION

According to Article 46 of the European Convention on Human Rights (ECHR), the High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the European Court of Human Rights in any case to which they are parties. The final judgment is transmitted to the Committee of Ministers of the Council of Europe, which will supervise its execution.[1] In this contribution attention will be paid to the role of the Committee of Ministers in supervising the judgments of the Court, especially in the context of the revision of this role envisaged under Protocol Nº. 14.

Since the enlargement of the Council of Europe the number of pending cases has grown enormously, necessitating reform of the supervisory mechanisms. The reforms were introduced with the entry into force of Protocol Nº. 11 (November 1998) and were aimed at enhancing the efficiency of the means of protection, shortening procedures and maintaining the present high quality of human rights protection. Nevertheless, since 1998 the number of applications has increased from 18,164 to 79,400 in 2007. With respect to the remaining cases, the Court delivered 1,503 judgments in 2007. By the end of 2007, 103,850 applications were pending before the Court, approximately one-quarter (some 23,000) of which had yet to be allocated to the appropriate judicial institution (Committee or Chamber).

It goes without saying that the enormous growth of the case-load of the Court also has far-reaching consequences for the supervising task of the Committee of Ministers. Just as the number of applications filed with the Strasbourg institutions has continued to increase very substantially, so too has the number of cases considered by the Committee of Ministers: 24 cases at the February 1992 meeting; 273 at that of September 1995; an average of 800 cases at each of the six 2-day meetings in 2000. On 30 June 2007, 6,017 cases were pending for execution. During the March session in 2008, the Committee of Ministers examined draft final resolutions to close 121 cases in which the respondent States had complied with their obligations under the Convention. The Committee has also started the supervision of the execution of 185 new judgments of the Court, which were transmitted to the Committee after its special meeting in December 2007. It will, furthermore, supervise the payment by respondent States of just satisfaction awarded by the Court to applicants in 845 cases, the adoption of other individual measures granting redress to the applicants in 139 cases or groups of cases and/or the adoption of general measures aimed at preventing new similar violations in 178 cases or groups of cases.

As a result of this massive increase of individual applications, the effectiveness of the system and thus the credibility and authority of the Court are seriously endangered. Protocol Nº. 14 was drafted to amend the control system of the Convention, though - unlike Protocol 11 - without radically changing it. It was opened for signature on 13 May 2004, but has not yet entered into force.[2]

The changes it does make relate to the functioning of the system rather than to its structure. Its main purpose is to improve the system, giving the Court the procedural means and flexibility it needs to process all applications in a timely fashion, while allowing it to concentrate on the most important cases which require in-depth examination. The amendments concern the following aspects: (a) reinforcement of the Court's filtering capacity in respect of the influx of un-

meritorious applications; (b) a new admissibility criterion concerning cases in which the applicant has not suffered a significant disadvantage; (c) measures for dealing with repetitive cases. Together, this reform seeks to reduce the time spent by the Court on clearly inadmissible, repetitive and less important applications, in order to enable it to concentrate on cases that raise important human rights issues.

Protocol Nº. 14 will institute two new procedures regarding the execution phase. The Committee of Ministers will be able to request interpretation of a judgment of the Court. It will also be able to take proceedings in cases where, in its view, the respondent State refuses to comply with a judgment of the Court. In such proceedings, the Court will be asked to determine whether the State has respected its obligation under Article 46 ECHR to abide by a final judgment against it.

In this respect the Committee of Ministers considered that the execution of judgments would be facilitated if the existence of a systemic problem were already identified in the judgment of the Court. Therefore, it invited the Court:

> I. as far as possible, to identify, in its judgments finding a violation of the Convention, what it considers to be an underlying systemic problem and the source of this problem, in particular when it is likely to give rise to numerous applications, so as to assist states in finding the appropriate solution and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgments;
>
> II. to specially notify any judgment containing indications of the existence of a systemic problem and of the source of this problem not only to the state concerned and to the Committee of Ministers, but also to the Parliamentary Assembly, to the Secretary General of the Council of Europe and to the Council of Europe Commissioner for Human Rights, and to highlight such judgments in an appropriate manner in the database of the Court.[3]

2. AMENDMENTS OF THE SUPERVISORY ROLE OF THE COMMITTEE OF THE MINISTERS UNDER PROTOCOL Nº 14

With respect to the binding force and execution of judgments, Protocol Nº. 14 will amend Article 46 ECHR by adding three new paragraphs. The new Article 46, in its paragraph 3, will empower the Committee of Ministers to ask the Court to interpret a final judgment, for the purpose of facilitating the supervision of its execution. The Committee of Ministers experience shows that disagreement on the interpretation of judgments sometimes causes difficulties for its supervising role. The Court's reply would settle any argument concerning a judgment's exact meaning. The qualified majority vote required on the part of the Committee of Ministers shows that it should use this possibility sparingly, to avoid overburdening the Court. The aim of the new paragraph 3 is to enable the Court to give an interpretation of a judgment, not to pronounce on the measures taken by a High Contracting Party to comply with that judgment. No time-limit has been set for making requests for interpretation, since a question of interpretation may arise at any time during the Committee of Ministers' examination of the execution of a judgment.

The Court would be free to decide on the manner and form in which it wished to reply to the request. Normally, it would be for the same formation of the Court which delivered the original judgment to rule on the question of interpretation. More detailed rules governing this new procedure may be included in the Rules of Court.[4]

Under Protocol Nº. 14 the Committee of Ministers will has the option to refer to the Court the question of whether a Contracting Party has failed to fulfill its obligations under Article 46 (the new paragraph 4 of Article 46). Thus in cases where a question arises as to whether a High Contracting Party has failed to fulfill its obligation to comply with a judgment, the Court sitting as a Grand Chamber[5] will, after having first served the State concerned with notice to comply, have to decide on such a question. The Committee of Ministers' decision to bring infringement proceedings requires a qualified majority of two-thirds of the representatives entitled to sit on the Committee. This infringement procedure does not aim to reopen the question of violation already decided in the Court's first judgment, nor does it provide for payment of a financial penalty by a High Contracting Party found to be in violation of Article 46, paragraph 1. It is felt that the political pressure exerted by proceedings for non-compliance in the Grand Chamber and by the latter's judgment should suffice to secure execution of the Court's initial judgment by the State concerned.[6]

In fulfilling its supervisory task the Committee of Ministers invited the Court to identify as far as possible, in its judgments finding a violation of the Convention, what it considers to be an underlying systemic problem and the source

of this problem, in particular when it would be likely to give rise to numerous applications, so as to assist States in finding the appropriate solution and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgments.[7]

In this respect the Court held in the *Broniowski* case that, above all, the measures adopted must be such as to remedy the systemic defect underlying the Court's finding of a violation so as not to overburden the Convention system with large numbers of applications deriving from the same cause. Such measures should therefore include a scheme which offers to those affected redress for the Convention violation identified in the judgment in relation to the applicant. It falls to the national authorities, under the supervision of the Committee of Ministers, to take, retroactively if appropriate, the necessary remedial measures in accordance with the subsidiary character of the Convention, so that the Court does not have to repeat its finding in a lengthy series of comparable cases. The Court held that, with a view to assisting the respondent State to fulfill its obligations under Article 46, it had sought to indicate the type of measures that might be taken by the Polish State in order to put an end to the systemic situation identified in the *Broniowski* case.[8] Since the applicant belonged to a fairly large group of victims of similar violations, the Court on 4 July 2004 used the 'leading case' procedure for the first time, whereby examination of the many similar cases was suspended until the required measures had been taken by Poland. This procedure is one of the means chosen to reduce the Court's workload.[9]

In the *Sejdovic* case, the Court held that the infringement of the applicant's right to a fair trial had originated in a problem resulting from Italian legislation on the question of trial *in absentia* and had been caused by the wording of the provisions of the Code of Criminal Procedure. The Court stated that, in view of the systemic situation which it had identified, general measures at the national level were called for in the execution of the judgment by Italy. It considered that the measures must be such as to remedy the systemic defect underlying the Court's finding of a violation, so that persons in a comparable situation to Mr. Sejdovic would not have to suffer a similar breach of their rights under Article 6 of the Convention. It found that Italy had to remove the legal obstacles and make provision, by means of appropriate regulations, for a new procedure capable of securing the effective realization of the entitlement in question while ensuring respect for the rights guaranteed by Article 6 of the Convention.[10]

The new paragraphs 4 and 5 of Article 46 introduce the infringement proceedings. The Committee of Ministers may, after serving formal notice on the State concerned and by decision adopted by a majority vote of two-thirds of the representatives entitled to sit on the Committee, refer the State's failure to abide by a judgment to the Court. This provides for a wider range of means of pressure to secure execution of judgments. Currently the ultimate measure available to the Committee of Ministers is recourse to Article 8 of the Council of Europe's Statute that provides for the suspension of voting rights in the Committee of Ministers, or even expulsion from the Organization. According to the Explanatory Report, this extreme measure would prove counter-productive in most cases, since the High Contracting Party which finds itself in the situation envisaged in Article 46(4) continues to need the discipline of the Council of Europe. The new procedure's mere existence, and the threat of using it, should act as an effective new incentive to execute the Court's judgments. According to the Explanatory Report, the Committee of Ministers should bring the proceedings only in exceptional circumstances. It is anticipated that the outcome of infringement proceedings will be expressed in a judgment of the Court.[11]

3. THE SUPERVISORY TASK OF THE COMMITTEE OF MINISTERS

States which are found to be in violation of the Convention must, on the one hand, take individual measures in favour of the applicants to put an end to these violations and, as far as possible, erase their consequences *(restitutio in integrum*), and on the other hand, they must take the general measures needed to prevent new, similar violations. According to Article 46(2) ECHR, once the Court's final judgment has been transmitted to the Committee of Ministers, the latter invites the respondent State to inform it of the steps taken to pay the amounts awarded by the Court in respect of just satisfaction and, where appropriate, of the individual and general measures taken to abide by the judgment.[12] Once it has received this information, the Committee examines it closely.

In accordance with Rule 6(2)(a), the Committee of Ministers is to examine whether any just satisfaction awarded by the Court has been paid, including, as the case may be, default interest. If required, the Committee is also to take into account the discretion of the State concerned to choose the means necessary to comply with the judgment. In all cases it will strive to ascertain

whether individual measures have been taken to ensure that the violation has ceased and that the injured party is put, as far as possible, in the same situation as that party enjoyed prior to the violation of the Convention, and/or whether general measures have been adopted, preventing new violations similar to that or those found or putting an end to continuing violations. It is the Committee of Ministers' well-established practice to keep cases on its agenda until the States concerned have taken satisfactory measures, and to continue to require explanations or action.[13] When there is a delay in the execution of a judgment, the Committee of Ministers may adopt an interim resolution assessing the progress towards execution. As a rule, this type of interim resolution contains information about any interim measures taken and indicates a timetable for the reforms designed to resolve the problem or problems raised by the judgment once and for all. If there are obstacles to execution, the Committee will adopt a more strongly worded interim resolution urging the authorities of the respondent State to take the necessary steps in order to ensure that the judgment is complied with.

According to Rule 7(2), if the State concerned informs the Committee of Ministers that it is not yet in a position to inform the Committee that the general measures necessary to ensure compliance with the judgment have been taken, the case will be placed again on the agenda of a meeting of the Committee of Ministers. The Committee may bring its full weight to bear in order to induce the State concerned to comply with the Court's judgment. In practice, the Committee of Ministers rarely resorts to political and diplomatic pressure but tends, instead, to function as a forum for constructive dialogue enabling States to work out satisfactory solutions with regard to the execution of judgments. On a number of occasions, however, interim resolutions have been drafted and adopted in order to pressurize States that have refused to afford applicants just satisfaction or to take specific measures in compliance with judgments. Under the Statute of the Council of Europe, tougher political sanctions could be considered such as suspension or termination of membership of the Council of Europe under Article 8 of the Statute, but obviously these are *ultima remedia* that will be considered only in very exceptional circumstances.

With respect to access to information, Rule 8 provides that without prejudice to the confidential nature of Committee of Ministers' deliberations,[14] information provided by the State to the Committee of Ministers in accordance with Article 46 ECHR and the documents relating thereto are to be accessible to the public, unless the Committee decides otherwise in order to protect legitimate public or private interests. In deciding such matters, the Committee of Ministers is to take into account reasoned requests by the State or States concerned, as well as the interest of an injured party or a third party not to have their identity disclosed.

In accordance with Rule 16, the Committee of Ministers may adopt interim resolutions in order to provide information on the state of progress of the execution of the judgment or, where appropriate, to express concern and/or to make relevant suggestions with respect to the execution. There may be situations in which the adverse consequences of the violation suffered by an injured party are not always adequately remedied by the payment of just satisfaction. Depending on the circumstances, the execution of the judgment may also require the respondent State to take individual measures in favour of the applicant, such as the re-opening of unfair proceedings if domestic law allows for such re-opening, the destruction of information gathered in breach of the right to privacy or the revocation of a deportation order issued in spite of the risk of inhumane treatment in the country of destination. It may also require general measures, such as an adaptation of legislation, rules and regulations, or of a judicial practice, to prevent new, similar violations. After having established that the State concerned has taken all the necessary measures to abide by the judgment, the Committee will adopt a resolution concluding that its functions under Article 46(2) of the Convention have been exercised.

Finally, Article 17 of the Statute of the Council of Europe provides for yet another tool for the Committee in fulfilling its supervisory powers. According to that Article the Committee of Ministers may set up advisory or technical committees or commissions if it deems this desirable. The Committee of Ministers might proceed to do so for the purpose of taking evidence and other tasks within the context of its function under the Convention.

3.1. *Just satisfaction*

If the Court has decided that the respondent State has to pay just satisfaction under Article 41 ECHR within three months of the delivery of its judgment, the Committee of Ministers will examine the case at its meeting following the delivery

of that judgment.[15] In a number of cases against Italy concerning violations of the requirement of a reasonable length of proceedings, the Committee had recommended that the Government pay, within a time-limit of three months, just satisfaction to the applicants. The Italian Government disagreed with the proposals of the Committee of Ministers and refused to pay the applicants. The Committee subsequently noted at its next meeting that, although the time-limit had expired, the Government still had not paid the sums it should have had to pay following the Committee's recommendation. It decided to strongly urge the Government to proceed without delay to pay the specified amount to the applicants. It further decided, if need be, to resume consideration of these cases at each of its forthcoming meetings.[16] In its subsequent session, the Committee of Ministers again adopted resolutions on the Italian cases and now firmly stated that the Government of Italy was to pay the applicants before a fixed date a certain amount in respect of just satisfaction. The Committee of Ministers invited the Government to inform it of the measures taken in consequence of its decision.[17] Finally, on 17 September 1992, the Committee of Ministers ended the consideration of these cases by declaring, after having taken note of the measures taken by the Italian Government, that it had exercised its functions under (former) Article 32 of the Convention.[18]

If the respondent State is unable to prove the payment, the case will remain on the agenda of the Committee of Ministers and will be dealt with at every subsequent meeting of the Committee until it is satisfied that the payment has been made in full. It has become settled practice that, from the expiry of the initial three-month period set for the payment until the final settlement, interest should be payable on the amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period.[19]

On the whole, the respondent States are willing to pay the compensation awarded by the Court to the applicant. However, apart from the above-mentioned reasonable-time cases concerning Italy, in a few instances, such as in the *Stran Greek Refineries and Stratis Andreas* case and the *Loizidiou* case, the Committee of Ministers has had to deal with the unwillingness of the respondent State to pay compensation.

After delivery of the judgment of the Court in the *Stran Greek Refineries and Stratis Andreas* case,[20] the Greek Government informed the Committee of Ministers that, considering the size of the just satisfaction awarded to the applicants and the economic problems in Greece, it was not able to make immediate full payment. The Committee of Ministers strongly urged the Greek Government to pay the amount corresponding to the value of just satisfaction as of March 1995 and decided, if need be, to resume consideration of the case at each of its forthcoming meetings.[21] Subsequently, in September 1996, the Chairman of the Committee of Ministers wrote to the Minister of Foreign Affairs of Greece, underlining the fact that the credibility and effectiveness of the mechanism for the collective enforcement of human rights established under the Convention was based on the respect of the obligations freely entered into by the Contracting Parties and in particular on the respect of the decisions of the supervisory bodies. In its Final Resolution of 20 March 1997, the Committee of Ministers was informed that the Greek Government had transferred US$30,863,828.50 to the applicants, which sum the applicants were entitled to enjoy without any interference whatsoever. The Committee, having satisfied itself that the amount paid, increased in order to provide compensation for the loss of value caused by the delay in payment, corresponded to the just satisfaction awarded by the Court, declared that it had exercised its supervisory function under the Convention.[22]

In its Interim Resolution concerning the judgment in the *Loizidou* case, the Committee of Ministers noted that the Government of Turkey had indicated that the sums awarded by the Court could only be paid to the applicant in the context of a global settlement of all property cases in Cyprus. It concluded that the conditions of payment envisaged by the Government of Turkey could not be considered to be in conformity with the obligations flowing from the Court's judgment. It strongly urged Turkey to review its position and to pay the just satisfaction awarded in the case in accordance with the conditions set out by the Court so as to ensure that Turkey, as a High Contracting Party, met its obligations under the Convention.[23] In its second Interim Resolution, the Committee once more stressed that Turkey had had ample time to fulfill in good faith its obligations in the case concerned. It emphasized that the failure on the part of a High Contracting Party to comply with a judgment of the Court was unprecedented. It declared that the refusal of Turkey to execute the judgment of the Court demonstrated a manifest disregard for its international obligations,

both as a High Contracting Party to the Convention and as a Member State of the Council of Europe. In view of the gravity of the matter, it strongly insisted that Turkey comply fully and without any further delay with the Court's judgment of 28 July 1998.[24] At its subsequent meeting, on 26 June 2001, the Committee declared that it very deeply deplored the fact that Turkey still had not complied with its obligations under the judgment of the Court.[25] At its meeting on 12 November 2003, the Committee urged the Turkish Government to reconsider its position and to pay without any conditions whatsoever the just satisfaction awarded to the applicant by the Court, within one week at the latest. It declared the Committee's resolve to take all adequate measures against Turkey, if the Turkish Government failed once more to pay the just satisfaction to the applicant.[26] On 12 December 2003, the Chairman of the Committee of Ministers announced that the Turkish Government had executed the judgment of 28 July 1998 in the *Loizidou* case by paying to the applicant the sum which had been awarded to her by the Court in respect of just satisfaction.[27]

3.2. Individual measures

The need to take individual measures at the domestic level, in addition to the payment of pecuniary compensation if determined by the Court, is considered by the Committee of Ministers where the established breach continues to have negative consequences for the applicant, which cannot be redressed through pecuniary compensation.

The reopening of proceedings at the domestic level may constitute an important means of redressing the effects of a violation of the Convention, where there were serious shortcomings in the procedure followed by the national court. In fact, the reopening of domestic proceedings was also within the powers of the Committee of Ministers to suggest during the period before the entry into force of Protocol N°. 11, in cases which had not been referred to the Court and where the Committee of Ministers acted under the former Article 32 as the final arbiter.

In the *Barbara, Messegué and Jarbardo* case, the Court found a violation on the ground that the applicants had not received a fair trial.[28] The Spanish Government informed the Committee of Ministers that the Constitutional Court had ordered the reopening of the proceedings before the *Audiencia Nacional* in the applicants' case. That court acquitted the applicants as there was not sufficient evidence against them. The problems of a general nature raised by the Court in its judgment had been resolved by legislative changes and by the development of the case-law of the Constitutional Court and the Supreme Court. The Committee of Ministers agreed and decided that Spain had fulfilled its obligations.[29]

In the *Open Door and Dublin Well Women* case, the Court found a violation of Article 10 ECHR in the High Court's injunction prohibiting the dissemination of information to pregnant women about abortion services in the United Kingdom.[30] The High Court lifted the injunction in so far as Dublin Well Women Centre was concerned. Having taken note of the information supplied by the Irish Government, the Committee of Ministers decided that it had exercised its supervisory function.[31]

In the *Daktaras* case, the Court held that there were insufficient guarantees to exclude all reasonable doubt as to the impartiality of the composition of the Supreme Court which had examined the applicant's cassation petition.[32] The Lithuanian Government informed the Committee of Ministers that the domestic proceedings had been reopened on 29 January 2002 by a decision of the Criminal Chamber of the Supreme Court. This reopening was made possible by the application of the new section of the Code of Criminal Procedure called Reopening of Criminal Cases Following a Judgment of the European Court of Human Rights', which entered into force on 15 October 2001. Following the reopening of the national proceedings, on 2 April 2002 a plenary session of the Criminal Chamber of the Supreme Court annulled the previous cassation judgment. According to the new judgment, the cassation petition submitted by the President of the Criminal Chamber of the Supreme Court was not taken into account. The cassation petition submitted by Mr Daktaras, as well as that of his legal representative, was rejected.[33]

Sometimes, reopening the domestic proceedings is the only form of *restitutio in integrum* regarding a violation of Article 6 by previous proceedings. In view of the problem raised in certain cases of the lack of appropriate national legislation, the Committee of Ministers has adopted a recommendation to Member States on the re-examination or reopening of certain cases at the domestic level following judgments of the Court. In the recommendation, the Committee of Ministers invites the Contracting Parties to ensure that there exist at national level adequate possibilities

of achieving, as far as possible, *restitutio in integrum*. It further encourages them:

> to examine their national legal systems with a view to ensuring that there exist adequate possibilities of re-examination of the case, including reopening of proceedings, in instances where the Court has found a violation of the Convention, especially where:
>
> (i) the injured party continues to suffer very serious negative consequences because of the outcome of the domestic decision at issue, which are not adequately remedied by the just satisfaction and cannot be rectified except by re-examination or reopening, and
>
> (ii) the judgment of the Court leads to the conclusion that
>
> (a) the impugned domestic decision is on the merits contrary to the Convention, or
>
> (b) the violation found is based on procedural errors or shortcomings of such gravity that a serious doubt is cast on the outcome of the domestic proceedings complained of.[34]

In the explanatory memorandum to this recommendation it is indicated that, as regards the terms used, the recommendation uses 're-examination' as the generic term. The term 'reopening of proceedings' denotes the reopening of court proceedings, as a specific means of re-examination. Violations of the Convention may be remedied by different measures ranging from administrative re-examination of a case (for example granting a residence permit previously refused) to the full reopening of judicial proceedings (for example in cases of criminal convictions). The recommendation applies primarily to judicial proceedings where existing law may pose the greatest obstacles to reopening. The recommendation is, however, also applicable to administrative or other measures or proceedings, although legal obstacles will usually be less serious in these areas.

Sub-paragraph (i) of the recommendation is intended to cover the situation in which the injured party continues to suffer very serious negative consequences, not capable of being remedied by just satisfaction, because of the outcome of domestic proceedings. It applies in particular to persons who have been sentenced to lengthy prison sentences and who are still in prison when the Court examines the 'case'. It applies, however, also in other areas, for example, when a person is unjustifiably denied certain civil or political rights (in particular, the loss, or non-recognition of legal capacity or personality, bankruptcy declarations, or prohibitions of political activity), if a person is expelled in violation of his or her right to family life, or if a child has been unjustifiably forbidden contact with his or her parents. It is understood that a direct causal link must exist between the violation found and the continuing suffering of the injured party. Subparagraph (ii) is intended to indicate, in cases where the above-mentioned conditions are met, the kinds of violations in which re-examination of the case or reopening of the proceedings will be of particular importance. Examples of situations mentioned under item (a) are criminal convictions violating Article 10, because the statements characterized as criminal by the national authorities constitute a legitimate exercise of the injured party's freedom of expression, or violating Article 9 because the behavior characterized as criminal is a legitimate exercise of freedom of religion. Examples of situations mentioned under item (b) are those where the injured party did not have the time and facilities to prepare his or her defense in criminal proceedings, where the conviction was based on statements extracted under torture or on material which the injured party had no possibility of verifying, or where in civil proceedings the parties were not treated with due respect for the principle of equality of arms. As appears from the text of the recommendation, any such shortcomings must be of such gravity that serious doubt is cast on the outcome of the domestic proceedings. The recommendation does not deal with the problem of who ought to be empowered to ask for reopening or re-examination. Considering that the basic aim of the recommendation is to ensure adequate redress for the victims of certain grave violations of the Convention found by the Court, the system implies that the individuals concerned should have the right to submit the necessary requests to the competent court or other domestic organ. Considering the different traditions of the Contracting Parties, no provision to this effect has, however, been included in the recommendation. The recommendation also does not address the special problem of 'mass cases', for example cases in which a certain structural deficiency leads to a great number of violations of the Convention. It was considered preferable to leave it to the State concerned to decide whether in such cases reopening or re-examination would be a realistic solution or whether other measures would be more appropriate.

There are numerous examples where the Committee of Ministers has formulated individual measures to be taken by the States, such as the

non-execution of a sentence, or the lifting of the effects of an expulsion order.

In the *Van Mechelen* case, the Court had found a violation of Article 6(3)(d) on the ground that the applicants' conviction was based to a decisive extent on statements given by unidentified witnesses who were members of the police and whose reliability could not be tested by the defense.[35] The applicants were provisionally released and were subsequently informed that they would not be required to serve the remainder of their sentences. Furthermore, the reasons why the sentences were not executed in their entirety were mentioned in their criminal records.[36]

In the *Yaacoub* case, a friendly settlement was reached as the Belgian Government had decided to lift the effects of an expulsion order.[37]

In the case of D. *v. United Kingdom,* the Court had held that the applicant's proposed removal from the United Kingdom to St. Kitts would place him at risk of reduced life expectancy, inhuman and degrading treatment and invasion of his physical integrity.[38] The applicant was granted indefinite leave to remain which would permit him to remain in the country, where he would continue to receive adequate medical treatment and palliative care.[39] In the case of A.P., *M.P. and T.P. v. Switzerland,* the Court had found a violation of Article 6(2) since, irrespective of any personal guilt, the applicants had been convicted, as heirs, of an offence allegedly committed by a deceased person.[40] The Swiss Government informed the Committee of Ministers that by a judgment of the Federal Court the case of the applicants had been revised.[41]

In the V*asilescu* case relating to, firstly, the unlawful seizure and the continued retention of valuables with respect to which the domestic courts had accepted the applicant's property rights and, secondly, the lack of access to an independent tribunal that could order their return, the Court had found a violation of Article 6(1) and Article 1 of Protocol Nº. 1.[42] The Romanian Government informed the Committee of Ministers that the Constitutional Court of Romania had rendered a decision declaring that, in order to comply with the Constitution, Article 278 of the Code of Criminal Procedure - concerning the right to appeal against decisions of the public prosecutor-would be interpreted to the effect that a person who had an interest could challenge before a court any measure decided by the prosecutor. This decision became final and binding under Romanian law with its publication in the Official Journal of Romania and accordingly enforceable *erga omnes.* The Government considered that similar cases - where the valuables in question had been confiscated without any order from a competent judicial authority - were not likely to recur.[43]

In the *Kalashnikov* case, concerning the poor conditions in which the applicant was held in detention before trial between 1995 and 2000, due in particular to severe prison overcrowding and to an insanitary environment, and concerning the excessive length of both this detention and the criminal proceedings, the Court had found a violation of Articles 3, 5(1) and 6(1).[44] The Russian Government, in its information to the Committee of Ministers, referred in particular to mo major reforms which had already resulted in significant improvement of the conditions of pre-trial detention and their progressive alignment with the Convention's requirements. The Committee of Ministers decided to examine at one of its meetings not later than 2004, whether further progress had been achieved in the adoption of the general measures necessary to prevent this kind of violation of the Convention.[45]

In the area of the execution of the Court's judgments, positive developments were taken note of in the *Sadak, Zana, Dicle* and *Dogan* cases against Turkey. After the decision by the Ankara Court of Cassation suspending the prison sentences of the four former Turkish members of Parliament, this court decided to quash the Ankara State Security Court's verdict in the retrial of four former Kurdish MPs, and to order a fresh hearing in an ordinary court. The Committee of Ministers noted that the Court of Cassation had found that shortcomings identified by the European Court of Human Rights in the 1994 trial had not been properly addressed in the retrial proceedings. It considered this to be a convincing example of the positive impact of recent constitutional amendments, which were aimed at ensuring the direct application of the European Convention on Human Rights in the Turkish legal system.[46]

With respect to the fourth inter-State case of *Cyprus against Turkey,* the Committee of Ministers had noted that after a period of some years during which little progress had seemed to be made, at recent meetings concrete information had been presented making it possible to register progress towards the execution of this complex and controversial judgment. In particular, the Committee of Ministers had been informed that a school had opened for Greek Cypriot pupils in the north of the island and that the Committee on Missing Persons had taken steps to bring its terms of re-

ference further into line with the requirements of the Court judgment. That said, there were obviously still serious issues to be resolved.[47]

3.3. General measures

In certain cases the circumstances indicate that the violation resulted from particular domestic legislation or the absence of legislation. In such cases, compliance with the Court's judgments requires either an amendment of existing law or the introduction of new legislation. In many cases, however, the structural problem that led to a violation lies not in an obvious conflict between domestic law and the Convention, but rather in case-law of the national courts. In that situation, a change of case-law of the national courts may preclude possible future violations. When courts adjust their legal stance and their interpretation of national law to meet the demands of the Convention, as reflected in the Court's judgments, they implement these judgments by virtue of their domestic law. In this way further similar violations may be effectively prevented. It is a precondition, however, that the judgment is published and circulated among the national authorities, including the courts, accompanied, where appropriate, by an explanatory circular.[48]

In the *Vogt* case, the Court had held that the exclusion from the public service on account of the applicant's political activities as a member of the German Communist Party constituted a violation of her right to freedom of expression and of her freedom of association and also discrimination in the enjoyment of these rights.[49] The German Government informed the Committee of Ministers that the German Federal Ministry of the Interior had transmitted the judgment of the Court with a letter to the Länder indicating that the authorities would have to examine all future cases of this kind in detail, in the light of the Court's judgment, in order to prevent the repetition of violations similar to those found in the present case.[50]

In the *Gaygusuz* case, a Turkish national complained about a refusal to grant emergency assistance to the applicant, an unemployed man who had exhausted entitlement to unemployment benefit, on the ground that he did not have Austrian nationality.[51] In consequence the Austrian Constitutional Court had annulled with immediate effect the two provisions in question insofar as they reserved the right to emergency assistance to Austrian nationals. It had found it appropriate in the circumstances to deviate from its usual practice of postponing the full effects of its judgment to a future date. Immediately after this judgment, the Austrian Parliament had adopted a new law providing that the amendments to the Unemployment Insurance Act entered into force on 1 April 1998 and not on 1 January 2000.[52]

With respect to the length of proceedings in Italy the Court has been faced with continuous problems. In the *Bottazzi* case, the Court drew attention to the fact that since 25 June 1987, the date of the *Capuano* case, it had delivered 65 judgments in which it had found violations of Article 6(1) in proceedings exceeding a `reasonable time' in the civil courts of the various regions of Italy. Such breaches reflected a continuing situation that had not yet been remedied and in respect of which litigants had no domestic remedy. This accumulation of breaches accordingly constituted a practice that was incompatible with the Convention.[53] The Committee of Ministers underlined that excessive delays in the administration of justice constituted an important danger, in particular for the respect of the rule of law. It further noted that the question of Italy's adoption of general measures to prevent new violations of the Convention of this kind had been before the Committee of Ministers since the judgments of the Court in the 1990s, and therefore highlighted the existence of serious structural problems in the functioning of the Italian judicial system.[54]

At its session in October 2000, the Committee noted that the reforms, undertaken by the Italian authorities, had included three different lines of action:

> 1. deep structural modernization of the judicial system for better long-term efficiency (notably through the introduction of Article 6 of the Convention into the Italian Constitution, the streamlining of the jurisdictions of the civil and administrative courts, the increased reliance on the single judge, the creation of the office of justices of the peace and also the subsequent extension of their competence to minor criminal offences, new simplified dispute settlement mechanisms, and the modernization of a number of procedural rules);
>
> 2. special actions dealing with the oldest cases pending before the national civil courts or aiming at improvements which, while being of a structural nature, could produce positive effects in the near future (in particular the creation of provisional court chambers composed of honorary judges, entrusted with the solution of civil cases pending since N4ay

1995, a significant increase in the number of judges and administrative personnel and two important resolutions by the Supreme Council of the Magistrature laying down a number of monitoring mechanisms and guidelines for judges in order to prevent further unreasonably long proceedings and also in order to speed up those which had already been declared to be in breach by the European Court of Human Rights); and

3. reduction of the flow of applications to the Court and the speeding up of compensation procedures by means of the creation of a domestic remedy in cases of excessive length of procedures.[55]

The Committee acknowledged that the measures of the first group, aiming at a structural reform of the entire Italian judicial system, could not be expected to produce major effects before a reasonable time had elapsed, although it was already possible to see the first signs of a positive trend in the statistics recently provided to the Committee of Ministers by the Italian authorities. The Committee concluded that Italy, while making undeniable efforts to solve the problem and having adopted measures of various kinds which allowed real hope for an improvement within a reasonable time, had not, so far, thoroughly complied with its obligations to abide by the Court's judgments and by the Committee of Ministers' decisions finding violations of Article 6 of the Convention on account of the excessive length of judicial proceedings. Meanwhile, the Committee of Ministers resumed its consideration of the progress made, at least ar yearly intervals, on the basis of a comprehensive report to be presented each year by the Italian authorities.[56]

In concluding its examination of the third annual report presented by the Italian authorities, on 29 September 2004, the Committee of Ministers noted with concern that an important number of reforms announced since 2000 were still pending for adoption and/or for effective implementation, and reminded the Italian authorities of the importance of respecting their undertaking to maintain the high priority initially given to the reforms of the judicial system and to continue to make rapid and visible progress in the implementation of these reforms. As regards the effectiveness of the measures adopted to that point, the Committee of Ministers deplored the fact that no stable improvement could yet be seen: with a few exceptions, the situation had generally worsened between 2002 and 2003[57] with an increase in both the average length of the proceedings and the backlog of pending cases. The Committee of Ministers accordingly confirmed its willingness to pursue the monitoring until a reversal of the trend at the national level could be fully confirmed by reliable and consistent data. In the light of this situation, the Committee of Ministers took note of the information provided by Italy concerning a follow-up plan aimed at ensuring the respect of the expected execution objectives.[58]

In the cases of *Akdivar, Aksoy, Çetin, Aydin, Mentes, Kaya, Yilmaz, Selçuk and Asker, Kurt, Tekin, Güleç, Ergi,* and *Yasa,* the Court had found various violations of the Convention by Turkey, which all resulted from the actions of its security forces in the south-east of the country, a region subject to a state of emergency for the purposes of the fight against terrorism. The Turkish Government informed the Committee of Ministers that it had engaged in an important process, including notably the drafting of measures in respect of regulations and training, in order to implement fully and in all circumstances the constitutional and legal prohibition of the use of torture and ill-treatment. The Committee of Ministers noted that the actions of the security forces challenged in these cases took place in a particular context, i.e. the rise of terrorism during the years 1991-1993.

The Committee of Ministers called upon the Turkish authorities to complete rapidly the announced reform of the existing system of criminal proceedings against members of the security forces, in particular by abolishing the special powers of the local administrative councils to undertake criminal proceedings, and by reforming the prosecutor's office in order to ensure that prosecutors would in the future have the independence and necessary means to ensure the identification and punishment of agents of the security forces who abused their powers by the violation of human rights.[59]

In its follow-up resolution, the Committee of Ministers expressed appreciation of the Government's efforts to implement effectively the existing laws and regulations concerning police custody, through administrative instructions and circulars issued to all personnel of the Police and Gendarmerie which, *inter alia,* provided for stricter supervision of their activities. It noted with concern that, three years after the adoption of Interim Resolution DH(99)434, Turkey's undertaking to engage in a global reform of basic, in-service and management training of the Police and

Gendarmerie remained to be fulfilled and stressed that real and visible progress in the implementation of the Council of Europe's Police Training Project was very urgent. The Committee of Ministers urged Turkey to accelerate without delay the reform of its system of criminal prosecution for abuses by members of the security forces, in particular by abolishing all restrictions on the prosecutors' competence to conduct criminal investigations against State officials, by reforming the prosecutor's office and by establishing sufficiently deterrent minimum prison sentences for persons found guilty of grave abuses such as torture and ill-treatment. It called upon the Turkish Government to continue to improve the protection of persons deprived of their liberty in the light of the recommendations of the Committee for the Prevention of Torture (CPT) and decided to pursue the supervision of the execution of the judgments concerned until all necessary measures had been adopted and their effectiveness in preventing new similar violations had been established.[60]

In 27 judgments against Turkey, the Court had found that the criminal convictions of the applicants on account of statements contained in articles, books, leaflets or messages addressed to, or prepared for, a public audience, had violated their freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention. At its subsequent meeting, having examined the significant progress achieved in a series of reforms undertaken with a view to aligning Turkish law and practice with the requirements of the Convention in the field of freedom of expression, the Committee of Ministers welcomed the changes made to the Turkish Constitution. It noted also the recent, important legislative measures adopted as a result of these reforms, in particular the repeal of Article 8 of the Anti-terrorism Law and the modification of Articles 159 and 312 of the Turkish Criminal Code. The Committee of Ministers welcomed in this context the 'train the trainers' programme currently being carried out in the framework of the 'Council of Europe/European Commission Joint Initiative with Turkey: to enhance the ability of the Turkish authorities to implement the National Programme for the Adoption of the Community Acquis (NPAA) in the accession partnership priority area of democratization and human rights', noting that this programme aimed, among other things, at devising a long-term strategy for integrating Convention training into the initial and in-service training of judges and prosecutors. The Committee of Ministers expressed appreciation in this context of the recent establishment of the Judicial Academy, as well as many Convention awareness-raising and training activities for judges and prosecutors initiated by the Turkish authorities. It welcomed furthermore the amendment of Article 90 of the Constitution, recently adopted by the Turkish Parliament, aimed at facilitating the direct application of the Convention and case law in the interpretation of Turkish Law. The Committee of Ministers decided to resume consideration of the general measures in these cases within nine months, and outstanding individual measures concerning the respective applicants at its 897th meeting (September 2004), it being understood that the Committee's examination of those cases involving applicants convicted on the basis of former Article 8 of the Anti-terrorism Law would be closed upon confirmation that the necessary individual measures had been taken.[61]

In the *Scozzari and Giunta* case, the Court found two violations of Article 8 of the Convention by Italy on account, on the one hand, of the delays in organizing contact visits and the limited number of such visits between the first applicant and her children, after they had been taken into public care and, on the other hand, of the placement of the children in a community among whose managers were persons convicted for ill-treatment and sexual abuse of handicapped persons placed in the community.[62] The Committee of Ministers noted that, following Ms Scozzari's taking up residence in Belgium, the Belgian Government had approached the Italian authorities in order to examine the possibilities of organizing, by judicial means, the placement of the children in Belgium, near the mother's place of residence, under the guardianship of the competent youth court.[63] At its next session, the Committee of Ministers expressed regret that, more than one year after the Court's judgment, the latter had still not been fully executed.[64] The Committee of Ministers noted that certain general measures remained to be taken and that further information and clarifications were outstanding with regard to a number of other measures, including, where appropriate, information on the impact of these measures in practice. It recalled that the obligation to take all such measures is all the more pressing in cases where procedural safeguards surrounding investigations into cases raising issues under Article 2 of the Convention are concerned. It resumed consideration of these cases, as far as individual measures were concerned, at each of its DH meetings, and, as far as outstanding general measures were concerned, it decided to review their adop-

tion ar the latest within nine months from the date of its interim resolution.[65]

Following the idea submitted in the context of the Committee of Ministers' supervision of the implementation of the *Ryabykh v. Russia* judgment, a high-level seminar was held with participation by the Russian highest judiciary, *prokuratura*, executive authorities and advocacy to discuss the prospects for further reforms of the supervisory review procedure, one of the topics at the heart of the Russian judicial reform.[66] Subsequently, the Russian Federation adopted some general measures with a view to remedying the systemic problem at the basis of the violation. While these measures were welcomed by the Committee of Ministers, doubts were expressed as to whether the measures taken were sufficient to prevent new similar violations of the principle of legal certainty. The Russian authorities were thus invited to continue the reform of the supervisory review procedure, bringing ir into line with the Convention's requirements, as highlighted, *inter alia,* by the *Riabykh* judgment. Given the complexity of the issue and the ongoing reflection on the matter in Russian legal circles, it was suggested, at the Committee of Ministers' meeting (8-9 December 2004), holding a high-level seminar with a view to taking stock of the current *nadzorpractice* and to discussing prospects for further reform of this procedure in conformity with the Convention's requirements.[67]

4. CONCLUSION

In the great majority of cases, the Committee is able to fulfill its function under Article 46 without difficulty. In some cases, however, problems do arise. Political motives or strongly held cultural ideas may render difficult or delay the passing of legislation, as may pressures on parliamentary time. Given the increased number and complexity of the execution problems posed, the Committee is increasingly facing difficulties in ensuring States' rapid compliance with judgments. Moreover, in recent years some States have challenged, on the occasion of several individual cases, the authority of the Court's judgments with regard either to just satisfaction' or to specific measures required by the judgments. The Committee's position has, however, always remained that States have, under Article 46 ECHR, unconditionally undertaken to comply with the judgments of the Court.

If, in case of problems, the confidential scrutiny by the other governments at the Committee's meetings should fail to achieve the necessary result, the Chairman-in-Office of the Committee can be invited to make direct, usually confidential, contacts (letters, meetings, etc.) with the Minister of Foreign Affairs of the respondent State. Furthermore, public interim resolutions may be adopted, notably to convey the Committee's concerns to interested States, organizations and parties and to make relevant suggestions to the authorities of the respondent State. If there are serious obstacles to execution, the Committee will adopt a more strongly worded interim resolution urging the authorities of the respondent State to take the necessary steps in order to ensure that the judgment is complied with. The Rome Ministerial Conference called upon the Committee of Ministers to seek further measures that might be taken in this connection.

According to the Rules for the application of Article 46, the Committee's agenda is public (Rule 1ª). Information provided by the State to the Committee of Ministers and the documents relating thereto are also accessible to the public (Rule 5). This Rule has the advantage of ensuring that applicants and their lawyers are kept duly informed about the state of proceedings before the Committee. The Deputies recently decided that, in the application of these Rules, the annotated Agenda and Order of Business of each meeting, which contains information on the progress of execution of judgments, would be rendered public a few days after the meeting. According to Article 21 of the Statute of the Council of Europe, the Committee's deliberations remain confidential. On each of the last three points, the Committee can decide otherwise.

In order to save valuable Committee of Ministers' time, cases raising similar problem(s) *vis-à-vis* a certain State are examined together *en bloc* and payment control and other routine control (such as publication and dissemination of judgments) are usually dealt with through written procedure, for example without any debate. Despite these efforts, it is the general experience that, because of the sheer volume of material to be dealt with, not all cases raising problems, and thus requiring debate, receive as much attention as they might need.

On 28 September 2000 the Parliamentary Assembly adopted Resolution 1226(2000) on 'Execution of Judgments of the European Court of Human Rights', in which it underlined that the responsibility for the problems of execution of the Court's judgments lay primarily with the States, but also pointed out that it lay partly with the Court, its judgments being at times not sufficien-

tly clear, and partly with the Committee of Ministers, `which ... [did] not exert enough pressure when supervising the execution of judgments'.[68] In its report, the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) noted its impression that it often takes a long time before Governments provide the Secretariat with pertinent and exhaustive information on both factual development of cases and the legal situation pertaining in the country. In the Commission's opinion, this insufficient and unsatisfactory cooperation by Member States constitutes another major shortcoming in the procedure before the Committee of Ministers.[69]

The Inter-American Commission on Human Rights plays a role which to a certain extent is comparable to that of the Committee of Ministers of the Council of Europe. It has three categories of powers: one with respect to all Member States of the Organization of American States; another *vis-à-vis* the State Parties to the American Convention on Human Rights and a third with regard to the OAS Member States not Parties to the American Convention. Thus, apart from its quasi judicial character, it also acts as a political body, while the Inter-American Commission on Human Rights fully meets the requirements of independence. In this respect, the drafters of Protocol Nº. 11 completely neglected the role which the Inter-American Commission on Human Rights has played and continues to play in enforcing respect for human rights and fundamental freedoms on the American continent.

The main tool at the disposal of the Committee of Ministers is peer pressure. It has also had recourse, and recently increasingly so, to pressure by publicity.[70]

The Council of Europe lacks a mechanism under which the Member States can be kept under constant surveillance on their compliance with the commitments accepted within the Council of Europe. On 10 November 1994 the Committee of Ministers tried to fill this gap and adopted a declaration on compliance with commitments. This declaration envisaged a political mechanism under which the Members of the Council of Europe, its Secretary General or its Parliamentary Assembly might refer questions of implementation of commitments concerning democracy, human rights and the rule of law to the Committee of Ministers. On 20 April 1995, the Committee of Ministers adopted the procedure for implementing this declaration. This mechanism does not affect the existing procedures arising from statutory or conventional control mechanisms. The discussions will be confidential and held in camera `with a view to ensuring compliance with commitments, in the framework of a constructive dialogue'. Finally, the Committee of Ministers in cases requiring specific action may decide to request the Secretary General to make contacts, collect information or furnish advice; to issue an opinion or recommendation; forward a communication to the Parliamentary Assembly or take any other decision within its statutory powers. Whatever opinion may be given on this mechanism it certainly does not provide the Committee of Ministers with more powers than it already had. It will also probably result in even less willingness on the part of the Member States to make use of the already existing inter-State complaint mechanism under Article 33 ECHR.

The mechanism has, however, the advantage that it creates a platform for the Committee and the Member States to discuss and examine on a structural basis the human rights situation in all Member States of the Council of Europe, while previously this could only have taken place on an *ad hoc* basis. It also provides a more convenient tool for the Member States to give room to an 'early warning system' when there are indications that one of the Member States is not fulfilling its obligations. In the more than fifty years of its existence, there have been situations where silent diplomacy could have achieved a better result than the existing complaint procedures.[71] This monitoring role of the Committee of Ministers could also be used as a procedure for monitoring the respect of commitments by a State which refuses to execute a judgment of the Court. As *ultimum remedium*, the application of Article 8 in conjunction with Article 3 of the Statute of the Council of Europe (suspension or termination of membership) is available to the Committee of Ministers.[72]

NOTES

1. See in more detail LEO ZWAAK, 'The Procedure Before the European Court of Human Rights', in PIETER VAN DIJK *et. al.* (eds.). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. 4ª* ed., (Antwerpen: Intersentia, 2006), Chapter 3, pp. 291-322.
2. The Russian Federation is still failing to ratify.
3. Committee of Ministers, *Resolution on Judgments Revealing an Underlying Systemic Problem,* Res(2004)3. 12 May 2004.
4. Protocol Nº. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention, CETS 194, Explanatory Report, available from http://conventíons.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm, par. 96-97.
5. New Article 31(b).
6. Explanatory Report to Protocol Nº. 14, *supra* note 4, par. 98.
7. Committee of Ministers, Resolution Res(2004)3, *supra* note 3.
8. ECtHR 22 June 2004, *Broniowski v. Poland,* Appl. Nº. 31443/96, par. 193-194.
9. Human Rights Information Bulletin. H Inf(2005)1. p.23.
10. *ECtHR 10 November 2004, Sejdovic* v. Italy. Appl. Nº. 56581/00, par 46-47.
11. Explanatory Report to Protocol Nº. 14, *supra* note 4, par. 99-100.
12. See Committee of Ministers, *Rules of the Committee of Ministers for the Supervision of the Execution of Judgments and of the Terms of Friendly Settlements,* adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006, for the application of Article 46(2) of the Convention; https://wcd.coe.int.ViewDoc.jsp?id=999329&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75. Unless indicated otherwise, in this chapter the Rules refer to this set of Rules.
13. Rule 7(1) provides that, until the State concerned has provided information on the payment of the just satisfaction awarded by the Court or concerning possible individual measures, the case will be placed on the agenda of each human rights meeting of the Committee of Ministers, unless the Committee decides otherwise.
14. See article 21 of the Statute of the Council of Europe.
15. The three month time-limit has become standing practice since ECtHR 28 August 1991, *Moreira de Azevedo v. Portugal. Appl. Nº. 11296/84,* under 1 of the operative part of the judgment.
16. Res. DH(91) 12 of 6 June 1991, *Azzi*: Res. DH(91) 13 of 6 June 1991, Lo Giacco; Res. DH(91) 21 of 27 September 1991. *Savoldr*; Res. DH(91) 22 of 27 September 1991, *Van Eesbeeck*; Res. DH(91) 23 of 27 September 1991, *Sallustio*; Res. DH 91(24) of 27 September 1991, *Minniti.*
17. Res. DH(92) 3 of 20 February 1992, Lo Giacco; Res. DH(92) 4 of 20 February 1992, Savoldi; Res. DH(92) 5 of 20 February 1992, V*an Eesbeeck;* Res. D11 (92) 6 of 20 February 1992, *Sallustio,* Res. DH(92) 7 of 20 February 1992, *Minniti.*
18. Res. DH(92) 45 of 17 September 1992, *Azzi*; Res. DH(92) 46 of 17 September 1992, *Lo Giacco*. Res. DH(92) 47 of 17 September 1992, *Savoldi;* Res. DH(92) 48 of 17 September 1992, *Van Esbeeck;* Res. DH(92) 49 of 17 September 1992, *Sallustio*, Res. DH(92) 50 of 17 September 1992, *Minniti.*
19. Judgment of 18 June 2002, Ony*erildiz,* par. 168; judgment of 30 November 2004. *Gumusten,* par. 34; judgment of 30 November 2004, *Klyakhin* par. 134; judgment of 2 December 2004, *Yaroslavtsev,* par. 42.
20. ECtHR 9 December 1994, Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece. Appl. Nº. 13427/87.
21. Interim Resolution of 15 May 1996, DH(96)251.
22. Final Resolution of 20 March 1997. DH(97)184.
23. Interim Resolution of 6 October 1999, DH(99)680.
24. Interim Resolution of 24 July 2000. DH(2000)105.
25. Interim Resolution of 26 June 2002, DH(2001)80.
26. Interim Resolution of 12 November 2003, DH(2003)174.

27. Press Release Council of Europe: http://press.coe.int/cp/2003/620a(2003).htm.
28. ECtHR 6 December 1988, *Barbara Messegué and Jarbardo v. Spain. Appl. Nº. 10590*/83. (merits), par. 89: judgment of 13 June 1994 (question of just satisfaction), par. 16.
29. Resolution of 16 November 1994, DH(94)84.
30. ECtHR 29 October 1992. *Open Door and Dublin Well Women v. Ireland*. Appl. Nº. 14234/88, 14235/88, par. 80.
31. Resolution of 25 June 1996, DH(96)368.
32. ECtHR 10 October 2000. *Daktaras v. Lithuanla. Appl. No.42*095/98, par. 38.
33. Resolution of 6 July 2004. DH(2004)43.
34. Committee of Ministers. Recommendation. Nº. R(2000)2 of the Committee of Ministers to Member States on the Re-Examination or Reopening of Certain Cases at Domestic Level following judgments of the European Court of Human Rights. adopted on 19 January 2000. under II.
35. ECtHR 23 April 1997, Van .*Mechelen end others v. The Netherlands. Appl. Nº.* 21363/93. 21364/93, 21427/93 and 22056/93, par. 66.
36. Resolution 19 February 1999. DH(99)124.
37. ECtHR 27 November 1987, *Yaacoub v. Belgium.* Appl. Nº. 9976/82, par. 14.
38. ECtHR 2 May 1997, D. n. *United Kingdom. App1. Nº.* 30240/96, par. 54.
39. Resolution of 18 February 1998. DH(98)10.
40. ECtHR 29 August 1997 A.P., M.P. *and T. P. v. Switzerland. Appl.* Nº. 19958,92, par. 48.
41. Interim Resolution of 18 January 1999. DH(99)110.
42. ECtHR 22 May 1998, Vasilescu v. Romania, Appl. Nº. 27053/95, par. 41 and 54.
43. Interim Resolution of 8 October 1999. DH(99)676.
44. ECtH R 15 October 2002. *Kalashnikov- v. Russia. Appl. Nº.* 47095/99, par. 103, 121 and 135.
45. Interim Resolution of 4 June 2003. DH(2003)123.
46. Documents of the Committee of Ministers CM/AS (2004)9 of 4 October 2004.
47. Ibidem
48. See ECtHR 23 September 1991, *Jersild* v. *Denmark.* Appl. Nº. 15890/89. In a later judgment, the Danish Supreme Court made a special reference to the *Jersild* judgment as the latest authority in acquitting a journalist who had been charged with invasion of privacy by entering without permission an area which was not accessible to the public: Resolution of 11 September 1995. DH(95)212.
49. ECtHR 26 September 1995, *vogt v. Germany*. Appl. Nº. 17851/91, par. 61 and 68.
50. Resolution of 28 January 1997, DH(97)12.
51. ECtHR 16 September 1996, *Gaycusuz v. Austria*. Appl. Nº. 17371/90. par. 52
52. Resolution of 12 November 1998. DH(98)372.
53. ECtHR 28 July 1999, *Bottazzi v. Italy*, Appl. Nº. 34884/97, par. 22; see also 28 July 1999, *Di Mauro v. Italy*, Appl. Nº. 34256/96, par. 23.
54. See in this respect Resolution of 11 July 1997, DH(97)336; Interim Resolutions of 15 July 1999, DH(99)436 and DH(99)4137.
55. Res DH(2000)135.
56. Interìm Resolution DH(2000)135 of 25 October 2000.
57. See CM/Inf(2004)23 rev.
58. Documents of the Committee of Ministers. CM/AS (2004)9 of 4 October 2004.
59. Interìm Resolution of 9 June 1999, DH(99)434.
60. Interim Resolution of 10 July 2002, DH (2002)98.
61. Interim Resolution of 2 June 2004, DH(2004)38.
62. Judgment of 13Ju1y 2000, par. 183 and 216.
63. Interim Resolution of 29 May 2001, DH(2001)65.
64. Interim Resolution of 3 October 2001. DH(2001)151.
65. Interim Resolution of 23 February 2005, DH(2005)20.
66. Judgment of 24 July 2003. par. 57-58.
67. http:\\www.coe.int/T/E/Human_rights/execution.
68. According to the statistics made available by the Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, Directorate II, Council of Europe, the average time between a judgment and its execution for all States was 399.5 days for the years 1985-1991, and 345.85 days for the years 1995-2001. Cases currently before the Committee of Ministers have been pending for an average of 731.64

days. New cases before the Committee of Ministers have been 1.060 (estimates) July 2002), 755 in 2001, and 504 in 1999.

69. Council of Europe, Opinion Nº. 209/2002, 18 December 2002. CDL-AD (2002) 34, p. 8.

70. See in particular Rule 1(a), and Rule 5 of the new Rules for the Application of Article 46(2) of the ECHR, approved by the Committee of Ministers on 10 January 2001 at its 736h meeting of Ministers Deputies.

71. See in this respect: ANDREW DRZEMCZEWSKI, 'Monitoring by the Committee of Ministers of the Council of Europe: A Useful 'Human Rights' Mechanism?', (2002) 2 *Baltic Yearbook of International Law, pp. 83-103.*

72. See Resolution DH(70) 1 of 15 April 1970 concerning the inter-State applications of Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece, Yearbook *of the European Convention on Human Rights.* Volume 12. T*he Greek Case, p. 511-515.*

THE ROLE OF RULE OF LAW AND JUSTICE IN THE WAR-TORN REGION OF DARFUR FOR A SUSTAINABLE PEACE PROCESS IN SUDAN

Luciana Peres
Bachelor's degree in International Relations from the University of Brasília; Brazil; she has taking the course in International Humanitarian Law and International Human Rights Law at the René Cassin Institute in Strasbourg, France; she currently works at Green Cross Brazil and ACDIVOCA / Brazil (Volunteers in Oversees Cooperative Assistance) researching and advocating on indigenous rights

1. INTRODUCTION: BACKGROUND OF THE CONFLICT AND EMERGING REALITIES

The humanitarian and human rights breaches in the worn-torn region of Darfur are considered a high-profile issue in the international agenda of peace and security not only because its appealing statistic of systematic violations – more than 200,000 people are estimated to have died and more than 2 millions displaced[1] – but also due to its complex interlinked issues, since the deterioration of the conflict in 2003. Gross human rights violations have taken place: unlawful attacks on civilians leading to massive and forced displacement of tribes and ethnic cleansing; rapes and other forms of sexual violence; denial of access to humanitarian assistance; abductions, killings, recruitment of child soldiers; arbitrary arrest, torture, ill-treatment; many of them qualified not only as 'grave breaches' of the Geneva Conventions of 1949 and its 1977 Protocols but also as 'war crimes'[2] and 'crimes against humanity.'[3]

Today, violence has increased and the situation has transformed from a highly destructive armed conflict between rebels and the government[4] – trough allied paramilitia *janjaweed* – into a violent scramble for power and resources involving governments forces (including the National Congress Party – NCP – which limited an opposition to emerge while resettling key allies on cleared land, accelerating expropriation of land from its traditional owners), pro-militias, various rebels and former rebel factions and bandits. Also, deterioration of the Arab and non-Arab relations, the rise in the Arab-Arab conflict as well as a potential Arab insurgency are at stake. In addition, a latent spill-over effects into not only neighboring countries as Chad, Central African Republic and Libya has taken place, but also the spillover into Kordofan, inside Sudan, has also started, mitigating the situation and spreading the conflict inside the territory, alarming a possible new civil war. In between, since the beginning of 2007, more then 240,000 people have been newly displaced and re-displaced[5], sexual assaults and targeting of humanitarian agencies continues to happen.

Moreover, the Darfur Peace Agreement (DPA), signed on May 5th 2006, does not encompass all parties of the hostilities, which is of great concern, since forcing the agreement's implementation could increase violence and non-signatories rebel movements have further splintered. Making matters worse, even the DPA signatories, especially the Sudan Liberation Army (SLA) have failure to implement the agreement, being responsible for attacks on civilians, on Internally Displaced Persons (IDPs) camps, on peace forces of the African Mission in Sudan (AMIS) and on humanitarian relief workers. As a consequence, the violent rates in IDPs camps has increased, with residents manipulated by different rebels while the government implement a forcible return to unsecure areas.

Notwithstanding, since its independence in 1956, Sudan has gone throughout years of civil war between the North and the South due to economic, social and political breakdown. Impunity, corruption, lack of legitimacy of the State with lack of southern representation led to rebel movements for a democratic Sudan, with different platforms, concentrated mainly in the SPLM (Sudan People's Liberation Movement), spreading its conflict to the darfurians.[6] In fact, the close linkage

between the Darfur conflict and the North-South peace process is crucial to a holistic understanding of the historic roots of the problem. "*If the Darfur conflict had not occurred, the North-South peace process would not have taken place. Thus, the future of the Comprehensive Peace Agreement (CPA) depends on bringing peace to Darfur*"[7] If any approach to peace building and fully implementation of the CPA is to be done in Sudan, it has to consider the stability of the Darfur region at the first place.

In Fact, Darfur is an epicentre of three overlapping conflicts: the Darfur rebel movement and the government and its paramilitias; the fighting between Chad and Sudan in hosting and supporting the other's rebellions; and localized conflicts, centred on land tensions between sedentary and nomadic tribes.

Furthermore, the international community has closed its eyes over the atrocities committed in Darfur and the international media has also portraying it as a merely conflict between Arabs and Africans. In the first place, Darfur Community is a complex society that integrates followers of Arab religion and native African tribes, nomads, farmers, etc, each one with different cultures and costumes. Past UN actions and the regional and international response has been settled, as the peacekeeping mission of the African Union (AMIS), in 2004 after the signing of the CPA; Resolution 1547 of the UN Security Council (UNSC) that established the UN Mission in Sudan (UNMIS), among many others. But they were in a whole a failure to address the issue properly, especially the peacekeeping forces were not effective, regarding primarily its implementation and the failure of disarmament since small arms proliferations still on the ground. Also, attempts of embargos and sanctions were vetoed by China, one of the main destinies of the Sudanese oil; and the Arab League playing a passive role in addressing the issue.

In addition, the failure of the government of Sudan in bringing perpetrator of abuses to *justice* is to be considered in the first place. Faced with international pressure, the government has attempted to create an impression of prosecution by setting up a number of powerless committees and commissions as a substitute for the judicial system and as a mean of evading the *rule of law,* per example, the Rape Committee, which does not work properly. In a region where impunity prevails, there is a vital need for accountability. However, in Darfur, a more secure environment still *condition sine qua non* to address its reconstruction in a foreseeable future.

A political settlement is needed in order to foster peace and stability in the region. The strategy on the jointly AU/UN mission – UNAMID[8] –, the first hybrid peace mission to be drown, must cope with this emerging reality; which differs from when the DPA was signed. In this sense, it is crucial to encompass a *political solution* and a broader and inclusive participation (including not only women and IDPs, but also Arab and non-Arab tribes, addressing all voices involved in the conflict), in order to address the root causes and focus on a victim/civilian approach for the further peace talks while settling the Darfur-Darfur Dialogue and Consultation (DDD-C), established in the DPA. Core issues that were left to the DDD-C, not addressed in the DPA, must be discussed if a sustainable peace is to be achieved, among them: land tenure and use, the security sector reform, the administrative structure reform and the enabling of a sustainable and safe return and reintegration of the displaced.

This section has focused mainly on the current statement of the problem as well as some historical background for a better understanding of the rule of law and justice approach (including transitional justice) that is the aim of the present essay. Far from being conclusive, this approach to the problem is an important tool for a sustainable peace process in an ongoing conflict region that has suffered for so long.

2. THE PRINCIPLE OF THE RESPONSIBILITY TO PROTECT AND THE DARFUR CONFLICT

The killing, destruction and forcible displacement of a certain minority group are a historical reality as well as the failure of the world to do much about it. The support of the state on the mass killings and displacement in western Sudan is not different. The continuing of the use of ethnic cleansing as a national security strategy by certain states and the avoidance of the international community to respond in cases where they do not think their interest are at stake still a reality. Also, their capacity to act is limited and *ad hoc*, combining poor planning and deliberate political choices. Indeed, genocide is a historical fact and still a present danger, as it was on the failure to intervene in Rwanda and the frustration over inaction to stop the mass killing in Darfur, not typified by the international community as genocide as it should have been done[9].

This way, previous disasters urged new thinking, trying to address three variants – the ri-

ght to prevent, the right to react and the right to rebuild, all shaping the so called *responsibility to protect* (R2P). This concept was formally mentioned in the 2005 World Summit Outcome, on the UN General Assembly, in its sixtieth session (A/RES/60/1)[10], and affirms that it is the basic obligation of States to protect its population against war crimes, genocide, crimes against humanity, ethnic cleansing, etc (this is the first part of the R2P, encompassing the basic obligations of sates towards its own population); but when a certain State fail or is unwilling to do so, or even if it is the source of the threat (as in the Darfur case), it is the responsibility of the international community to stop mass atrocities, in favor of the human person individually (this is the second part, addressing the responsibility of the international community to respond – economically, politically, diplomatically and even military). The UN General Assembly put it more formally in its Outcome Document of the 2005 Summit:

> Each individual State has the responsibility to protect its population from genocide, war crimes, ethnic cleansing, and crimes against humanity. (…) The international community through the United Nations also has the responsibility to use appropriate diplomatic, humanitarian and other peaceful means, (…), to help protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. In this context, we are prepared to take collective action in a timely and decisive manner, through the Security Council (…) on a case-by-case basis and in cooperation with relevant regional organizations, should peaceful means be inadequate and national authorities manifestly fail to protect their population (…).[11]

It encompasses the principles of the classic concept of humanitarianism in the 1980 and 1990's: humanity, neutrality, impartiality and independence. It is also a right based approach, emphasizing on individuals rights. The priority is to protect the rights of people over protecting the rights of states to do as they please. In this sense, international action is warranted for a range of actions even if they do not meet a formal definition of genocide. In the case of Darfur, the International Commission of Inquiry, which investigated the mass killings on behalf of the United Nations, in January 2005, reached a softer conclusion that both the Sudanese government and its paramilitias *Janjaweed* were responsible for serious violations of international humanitarian and human rights law.

The Darfur conflict is an extremely difficult one to reach a solution that is guaranteed to work, especially due to its historical background of the North-South Sudanese civil war and the emerging realities at stake. In fact, recalling the international responsibility to protect and setting policies requires a frank understanding of the choices and related risks. The guiding principle the international community should bear in mind in order to choose which action to take, is the lowest possible costs to the people who actually need protection, especially the huge amount of internally displaced persons inside Sudanese camps, which nowadays are being forced to return to unsecured areas.

For instance, one risk to consider is the pressure just to do something, as it happened on the signing of the DPA, which resulted in a rushed and incomplete agreement that left a political vacuum. Also, the DPA lack of legitimacy is to be considered as the CPA had the same problem, once it is limited to the NCP (on behalf of Khartoum government) and the SLA faction led by Minni Minawi (SLA/MM) and some other rebels (which have strongly resisted reopening the DPA talks). Even the Transitional Darfur Regional Authority (TDRA), the highest government body for the region, launched by the DPA, suffers from lack of legitimacy as well. An inclusive regional forum in this regard would be a tool in order to build a broad consensus on the future of the region, in parallel with the DDD-C.

Furthermore, the lack of a joint negotiating position among the non-signatories of the DPA is a serious problem. They have sent mixed signals and sometimes they appear to demand a reopening of the DPA, while other times acknowledging the DPA has valuable elements. At one side, the divided SLA urges for more power sharing and more compensation for the displaced; at the other, JEM (Justice and Equality Movement), the other rebel group, calls for a more decentralized national political structures, in order to create a more strong federal system. In fact, a simple annex to the DPA or a Protocol is unlikely to deal with these differences. A comprehensive political strategy to achieve a political and inclusive settlement in Darfur is an urgent need to end this human tragedy.

Nevertheless, the political will to take risks is one of the main obstacles to converting the responsibility to protect into a program of action. Firstly, the United Nations has failed to take strong action in the Security Council since China has adopted the role of Sudan's protector inside it. Besides, there is an urgent need to reinforce the already existing Resolutions of the UN Security

Council, especially Resolution 1564 (2004), that embargos the Sudanese petroleum; Resolution 1556 (2005) regarding the arms embargos and the authorization of a ban on Sudanese military flights; the Resolution 1591 (2005) that prohibits the main Sudanese persons that has been charged of crimes to travel and the creation of a pathway for sanctions on certain financial interests of the Sudanese leadership; the Resolution 1593 (2005) that has referred indicted war criminals to the International Criminal Court[12], among others. This last Resolution (1593) also requires that the government of Sudan cooperate fully with and provide any necessary assistance to the Court and to the Prosecutor[13].

Furthermore, Sudan Interim National Constitution includes a Bill of Rights that guarantees most of the rights contained in the international human rights treaty, including rights contained in international instruments that Sudan is not party, as the Convention Against Torture. Even the CPA contains a number of provisions relating to the protection of human rights, as well as the DPA, that contains an explicit section on human rights. Also, Khartoum has accepted the three-phased hybrid approach, in November 2006 in Addis Ababa, which the full deployment of the UNAMID would be the last one. Important as these steps may be, they have not proven adequate in ensuring effective protection on the ground. Gross violations of human rights and grave breaches of humanitarian law continue across the region.

3. THE RULE OF LAW AND JUSTICE APPROACH IN DARFUR TOWARDS A SUSTAINABLE PEACE PROCESS IN SUDAN

3.1. The rule of law approach

The emphasis on fostering rule of law in the international agenda has increased significantly over the years. Apart from being a paradoxical, vague and inherently complicated concept as well as controversial and an undefined common definition, it has an imperative value and a political statement when it comes to address its core elements on a conflict and post-conflict situation, as a mean and an end in itself[14].

Strengthening the importance of a broad/material rather then a narrow/formal concept of rule of law is imperative to address the present conflict at hand, in the sense that it embraces not only the 'law and order' approach (thin conception) but more importantly, the democratic approach, the individuals rights, the right to live with dignity and the right to justice, and a broader social welfare (thick conception). In this sense, Per Bergling observes that: "*Empowered with this knowledge, it will be easier to assess country-specific needs, set up realistic goals, formulate strategic and comprehensive programs, maintain focus in implementation, and determine success and failure*."[15]

Also, bearing in mind the promotion of rule of law as a crucial component of protecting fundamental human rights and diminish its violations, the broader concept defined by the former UN Secretary General in its 2004 Report entitled "*The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*" (following 'The Report') will be the essence of the rule of law approach to a sustainable peace in Sudan. It states:

> 'The rule of law' … refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.[16]

3.2. The justice approach

Bearing in mind the past actions and the emerging realities of the Darfur conflict, a move towards a sustainable peace must enhance justice, especially viewed not only as a *prevention* to the denial of the conflict, spreading over the territory (as stated in the introduction) but also as a *trustful* and legitimate approach for civilians and rebel groups towards a inclusive and political settlement for the peace process. In this regard, the conception of justice also defined in the Report is valuable for the present conflict. It states: "'justice' *is an ideal of accountability and fairness in the protection and vindication of rights and the prevention and punishment of wrongs. Justice implies regard for the rights of the accused, for the interests of victims and for the well-being of society at large*."[17]

3.3. The implications of the rule of law and justice approaches to the Darfur peace process

Implications of the rule of law and justice approach encompass: the nature of the conflict in order to draw the nature of the peace, the will of the parties, the identification of vulnerable groups, the role of community leaders and women, the condition and nature of the country's legal system and public institutions, the widespread and systematic violations, and the rule of law implications of the peace agreement[18].

Regarding the emerging specificities of the Darfur conflict addressed in the first part of this essay and bearing in mind the multi-dimensional complexities within it and the principle of the responsibility to protect, the implications of addressing the rule of law and justice approach to the issue must be seeing as a *continuum*, a work in progress, with a cross-cutting and comprehensive program of transitional justice, accountability and reconciliation together with the maintenance of a secure environment through the UNAMID.

In addition, strategies to implement the rule of law and peace in Darfur must enable a sustainable and safe return of the displaced, promoting not only human security but also policies for environmental sustainability due to the process of desertification, destruction of basic infrastructure, and competition for resources, especially water shortage. In this way, trust could be built progressively through a combination of capacity, developmental and security-building measures. Reintegration is vital and should be done together with the demilitarization and demobilization since the access to small weapons in the region continues widespread. It is difficult to build trust while ceasefire has still being violated. The UNAMID, working as a neutral third party of the conflict has an important role regarding this matter.

Moreover, it is needed the full and effective joint deployment of a correct number of the UNAMID's military and civilian personnel, aiming not only on the security sector reform, especially the police forces, and the implementation of a secure environment but also on the rebuild of trust and the legal system through capacitated personnel in a process of a Darfur-wide consultation, through which the views and wishes of all affected communities on an appropriate course of transitional justice can be heard. In this sense, this expertise could deal per example with the vital question of access to land and provide mechanisms for handling land disputes, providing clarification and consultancies of the various types of rights and responsibilities of different populations group with respect to land as Sudan does not have an uniform government policy on land tenure, while in Darfur it has tended to remain under tribal control.

As the Report of Concordis International on "Land Use and Tenure: a key to sustainable peace in Darfur" states the establishment *"through broader consultation, of a transparent, nationwide government policy on land tenure that takes into account regional variations in practice"*[19] In fact, native administration plays an important role in Darfur as they are responsible for both the management and disposition of tribal land. An initiative has been done in this regard, as the DPA appointed a Darfur Land Commission to deal with land uses policies and rules and also arbitrating land disputes. However, negotiations on the DDD-C must empower its mandate, incorporating, for instance, a *"commission of inquiry, with a clearly defined mandate and backed by laws enabling it to address land expropriation and augment to the local courts and the land commission's arbitration function"* [20]

Furthermore, efforts to foster a rule of law approach in a society that lacks rule of law tradition as seen by the occidental powers, as the Sudanese, might run to problems if not addressed in a comprehensive manner. In this sense, actions towards the rebuild of justice, trust and rule of law in a society must concern its ordinary people to whom those concerted efforts are drawn, in order to maintain coherence, and have a counter-effect of undermining the rule of law. In fact, fostering rule of law and justice within a society as a path to sustainable peace is a matter of cultural commitment together with institutional and legal structures. It must take into account the community's leadership commitments as well as legitimacy among the broader population, in power-sharing arrangements. Also, an inclusive approach to transitional justice ought to focus on a multi-lingual approach and the role of women.

3.4. Towards a incorporation of a transitional justice approach within the implications of the rule of law and justice approach

The NCP still hold the position of supporting the division and isolation of rebel movements, at least before the 2009 elections, stipulated in the

CPA. Also, a lasting peace requires more than a few additional signatories in the DPA, it must consolidate the rebel's positions. In this sense, the AU/UN team must take control of the peace dialogue process and create a framework for it. This must encompasses actors such as Eritrea, Chad, Central Africa Republic, Libya and other regional players as well as the SPLM, and even China and some important countries of the Arab League. In fact, several issues were left from the DPA that must be tackled in order to revitalize the peace process. First, as stated before, it is needed to unify the rebel movements as a prerequisite for successful negotiations. If they cannot unify, they have, at least, to unite into recognizable blocks with coherent platforms.[21] A wide Conference that encompasses not only rebel leaders of different factions and movements but also a wide range of stakeholders from civil society, the IDP camps, political parties, women and Arab groups, could be a possibility. To hold this broadly inclusive conference, UNAMID should offer enough security for the foreseeable meeting.

In this regard, the peace talks must be as inclusive as possible; this is a second step to be considered, especially in the DDD-C. The DPA lacks legitimacy for darfurians, especially as it left the local authority with the NCP, providing a small power-sharing. The dialogue must encompass inter-tribal reconciliation, distinguishing genuine tribal leaders, and the emerging Arab insurgency inside the territory. In addition, the representation of women and IDP population in the reconciliation and reconstruction process is vital, as they are more than 80 per cent of the population, their concern must be heard. In this sense, they demand a wider representation and also a degree of greater participation in the Dialogue.

In the third place, the peace strategy should learn from past experiences, especially with the Abuja mistakes and make reasonable deadlines as a negotiating tactic in order to have enough time for the building of confidence and trust among the parties if peace talks are to succeed. Lastly, some areas must be addressed in the UNAMID mandate, such as power sharing compensations and disarmament, especially of the *Janjaweed*.

This way, the new peace talks inside the region will have to encompass justice and accountability mechanisms as well as a broader representation of all parties. Within the mandate of the UNAMID, it clearly tackle its role in the preparation of the peace negotiations, creating an atmosphere favorable for them in pursuit of a political progress, which is the third phase appointed by Jan Eliasson, the United Nations Secretary General Special Envoy for Darfur, together with his African Union counterpart Salim Ahmed Salim.[22] For that end, a concerted action and framework in an attempt to unify the platforms of rebels groups for peace negotiations to come is essential, as stated above.

In fact, if a long-term maintenance of peace is to be achieved, the population must be confident that redress of fundamental rights breaches they have suffered can be reached trough legitimate structures for the resolution of the dispute and a fair administration of justice. For this end, fostering rule of law in the war-torn region must include the pursuit of genuine political will among the parties on the table, bearing in mind not only their immediate human security needs, but also addressing the root causes that often is left for future negotiations, as the DPA left out main problems for the Darfur-dialogue to handle. In this sense, the idea of transitional justice plays an important role for building trust among darfurians and the government as well as among the rebels, if a sustainable peace is to take place. The 2004 Report of the UNSG states its notion as

> (…) a full range of processes and mechanisms associated with a society's attempt to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. This may include both judicial and non-judicial mechanisms, with differing levels of international involvement (or none at all) and individual prosecutions, reparations, truth seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof.[23]

Taking this concept into account and applying its imperatives in the context of the present conflict, it is worth noting that a foreseeable scenario for justice and reconciliation in Sudan must encompass transitional justice process. In the specific case of Darfur, such process must be legitimate, accountable and focus on the underlying problems rather then a pre-package solution, where pre-experiences should be used as guidelines and where a large process of victims and public consultation must be carried out. This way, there is an emerging need for a multi-level approach of transitional justices, interlinked with each other.

In the local or regional level, the traditional tribal and native administration practices such as the *judiyya* system that encompasses traditional resolution of dispute through local elder chief is to be considered to a certain extend, as the high

politization and government influences on those mechanisms has increased. The legitimacy of tribal leaders rests on its election by its people, not pointed by the government. However, as the native administration is based primarily on customary law and with the increase demand on the region for a national respond to crimes committed, especially regarding the women's rights and gender-based violence or issues related to land tenure, these traditional mechanisms are no longer a suitable possibility for the seek of justice. For instance, in Rwanda, sexual violence against women was dealt with national courts and war crimes tribunals. Also, in the one hand, the Rwandese *gacaca* system[24], in the local level, was a good initiative in creating an atmosphere of better dialogue between Tutsis and Hutu people in some places. In fact, gacacas gain much of their legitimacy from their identification with tradition and their basis on customary notions of accountability and responsibility. On the other hand, it created an environment for further tensions. These conventional machineries if addressed cautiously could be an important tool to foster a better dialogue, rebuild trust, especially in a low-level ethnic dispute.

The inter-group dynamics and tribal clashes demands a need for regional reconciliation linked with a national reconciliation, requiring a national level resolution. The national court system in Sudan has jurisdiction over Darfur, including human rights crimes. However, theses courts, due to lack of transparency and independence, shortage of legal staff and judges, as well as the institutional high political level, have been inefficient. In addition, the government has created some judicial and quasi-judicial bodies to tackle the human rights violations in Darfur, as the Special Criminal Courts on the events in Darfur (SCCED), the National Commission of Inquiry, and others *Ad hoc* Investigatory Committees. Those organs are in fact a *façade* of the government in order to harmonize its commitments with the international community. Also, its lack of political will and perceived policies to maintain or postpone the situation still is the main problem for creating dysfunctional institutions. A national approach to an effective justice system is among the urgent priorities if efforts to governance reforms are to take place successfully. In this sense, rebuilding the domestic security and justice capabilities – including polices, courts and prisons – is crucial for a minimal functional justice. Local actors play an important role in this regard to develop effective, respected and legitimate security institutions.

Furthermore, in the international/national level, accountability options for large scale victimization, as in the case of Darfur, could be better addressed trough truth commissions in conjunction with international prosecutions. The UN Security Council, in its Resolution 1593 of 31 March 2005, referred the situation to the International Criminal Court (ICC), which issued arrest warrants against former Minister of State for the Interior of the Government of Sudan, Ahmad Harun, and *Janjaweed* commander Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman for crimes against humanity and war crimes (including, forced displacement, rape and mass killings), in April 2007[25]. To date, the government of Sudan has not delivery neither of them. Making matters worse, Harun continued in the government in a vital position to deal with the reconciliation and justice process, as the current Ministry of Humanitarian Affair. How come a country can have as a head of the humanitarian affairs someone charged for crimes against humanity and war crimes? Those crimes are considered *jus cogens* international crimes and demand justice. As Bassiouni clearly states: "*An international crime that raises to the level of jus cogens induces an obligation erga omnes which is non-derogable*."[26] *Obligation erga omnes* presume the duty to prosecute *jus cogens* international crimes, impunity can not be granted, as a result, amnesty for theses crimes is not an option.

Nonetheless, Sudan's Interim Constitution guarantees most of international treaties it has signed, even those it did not sign, as the Convention Against Torture. However, as stated above, the national judicial system is unable and unwilling to prosecute *jus cogens* international crimes. In this sense, the ICC plays an important role. In fact, as another follow-up of the Nuremberg Tribunal, the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity was adopted by the General Assembly of the United Nations (UNGA) on 26 November 1968. In 1971, the UNGA expressed its conviction that the effective punishment of war crimes and crimes against humanity was important for ending such crimes and for promoting peace and international security. By 1973, the Assembly proclaimed some principles of international cooperation regarding detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity. But this is far from being a comprehensive solution. For instance, in two and a half years, the ICC has issued indictments for only two persons and the international community must urge Sudan government to fully

cooperate with the investigatory commissions. It is necessary that the ICC continues its investigation, not only during the period of 2003 and 2004 but also for recent atrocities committed. In this regard, recently (in July 2008), the Prosecutor of the ICC urged a warrant of arrest for Sudanese President Omar al-Bashir for genocide, crimes against humanity and war crimes committed in Darfur[27]. This legal strategy recalls the responsibility to protect that comes with risks for the fragile peace and security environment, such as making impossible the needed effective deployment of UNAMID, putting also at risk the humanitarian relief operations that keep alive more than two million people in Darfur.

Both national and international criminal system must reinforce each other, bearing in mind that the role of the international community on Sudan is not substitutive, but complementary. Yet, tribunals have not been the only institutional response offered by human rights advocates. An additional justice mechanism and reconciliation process will be necessary, as the establishment of Truth and Reconciliation Commissions (TRCs)[28]. Those commissions have focused on restoring the dignity of victims and survivors and producing a definite account of the past, applying a *restorative justice*[29] (opposing the retributive justice present in the international tribunals). Although powerful agents of accountability, trials are not as successful as commissions when it comes to acknowledging the suffering of victims. Also, as truth commissions are not procedurally limited to individual prosecution, their capacity to investigate past atrocities may be broader, offering a great complement to trials, in cases such as Darfur. Besides, commissions encourage victims, relatives and perpetrators to participate and in some instances offer them a public forum to do so. Also, TRCs operate for a specific period of time in a specific conflict, at the end of which they produce a report of their findings for public dissemination (producing an accurate public record of a country's past crimes).

As a matter of fact, TRCs may occupy a unique space between the state and the civil society, as they include greater inputs of NGOs and local leaders in the process. In addition, commissions could provide policy recommendations for legal and institutional reform and genuine reparation programs for victims, contributing to fostering rule of law and reconciliation. This way, the past is broadly discussed before the nation can move on, trying to avoid the poisoning of social relations. Besides, as TRCs are not placed as juridical bodies, they can use symbolic forms of punishment, such as shaming and humiliating perpetrators, providing accountability[30].

The prosecution of every accused would be not efficient in the case of Darfur also. Therefore addressing the past and promoting reconciliation through truth-seeking approaches should be an option to consider. In South Africa, the truth commission was an option for accountability of human rights violations and to put the past behind. In Sudan, as it was in South Africa, it is difficult to identify who are the victim and the perpetrator. However, in Sudan, where the State is accused of committed crimes against its own people, a Sudanese TRC would be essential in reestablishing trust among Sudanese population and must encompass a national element of political transformation. In fact, the TRC in South Africa, despite its limitations and problems, had an important symbolic function to provide accountability for crimes perpetrated that would be overlooked otherwise.[31] And this has an important value in the context not only on the Darfurian society, but also in the Sudanese society as a whole. Moreover, a key component of South Africa TRC, as a restorative justice, is to restore the dignity to survivors by publicly acknowledge their suffering, reviving social bonds destroyed during the period of violence.

Another characteristic of the TRC in South Africa that could apply for Sudan, regards its vast mandate, including the grant of amnesty for political objective crimes. Amnesties are linked with forgiveness, which is also a characteristic of the Sudanese society that could be explored. In addition, the election of Commissioners should be legitimate, credible, transparent and democratic. The TRC should enjoy independency from the government for this proposes, bearing in mind that in some transitions, the judiciary remains an enclave of the past regime, limiting the ability of victims to obtain redress.

Where the perpetrator population is large, as in Darfur, restrictions on resources might make unlikely to prosecute every single perpetrator. In such cases, TRCs would better apply then trials. Rwanda was also a good example of this use of the truth commission. Another characteristic linked to the Rwanda conflict regards budgetary constraints as well as the shortage of lawyers in the country, making it almost impossible to do a fair trial to all perpetrators. Tribunals, in particular, are especially costly.

4. FINAL REMARKS

The twentieth century enjoys the macabre distinction of having experienced the highest number of state-sponsored murders and mass killings in the history of humanity. The Darfur conflict is not an exception to that. The Nuremberg and Tokyo Trials as well as the UN Genocide Convention established the principle that individuals that perpetrate crimes against humanity, genocide and war crimes should be tried and punished for their actions. But again the political devices of the Cold War put human rights and humanitarian concerns aside. In fact, human rights law is still much weaker than international business and trade law as a component of international jurisprudence. Still, with the end of the bipolar world, the human rights discourse has gained strength. The 1990s put retributive justice as a core issue and has established two international war crimes tribunals (Rwanda and ex-Yugoslavia), followed by tribunals for sierra Leone, Congo, East Timor and the establishment of the ICC. Yet, restorative justice through Truth and Reconciliation Commissions were also and institutional response offered by human rights advocates, attempting nations to came to terms with their violent history.

In an attempt to conquer with the Sudanese past and the darfurians emerging realities, a rule of law and justice approach that encompass a broad and inclusive spectrum of peace negotiations is needed. That must be the main aim of UNAMID in creating an accurate atmosphere for the Darfur-dialogue (DDD-C). Also, an effective coordination between the multi-level approaches of transitional justice is imperative in order to create a sustainable peace in Sudan. The underlying principle of accountability measures addresses the ending of the process of victimization which implies the cessation of the conflict in itself. It is essential to notice that the peace talks and negotiations, in particular the establishment of transitional justice mechanisms did not have to wait until the cessation of the hostilities to be addressed, as the case of South Africa has shown. However, to achieve this goal, it is imperative that the unification of the platforms of the rebel/liberation movements be done, developing a common negotiation position, in order to foster a more inclusive government and a better power sharing strategies.

Bearing in mind a victim-centered approach and recalling the so-called Responsibility to Protect, the international response towards the atrocities occurred in Darfur need to be consistent and punitive measures should be taken if obstructions and unwillingness of the Sudan government continues to take place. A more active role must be taken especially by China, the US and other members of the UN Security Council, together with the Arab League in this regard, cooperating to develop a consensus for a political and concertized strategy, including application of punitive measures against those responsible, as the ICC have been done so far, especially charging the Sudanese President for genocide, war crime and crime against humanity; as well as the *Janjaweed* commander and the current Ministry of Humanitarian Affair, also charged for crimes against humanity and war crimes.

Furthermore, it is imperative the full deployment of UNAMID military and civil personnel in order to create a legitimate framework and a more secure ground for the peace talks, especially focusing on unifying the rebel movement; broader participation that includes key Darfur constituencies left out of past rounds, including Darfur's Arab tribes, IDP communities, women's group and civil society as a whole; strengthening the negotiation process and fully disarmament of the rebels and paramilitias, together with a functioning, well-monitoring and enforced ceasefire on both sides of Sudan and Chad border.

Any sustainable solution for the peace process in Darfur and, consequently, in Sudan must be politically and structurally practical, reinforcing the rule of law and fostering justice and reconciliation. Institutional responses are an important, though by no means sufficient, element of larger societal efforts to confront the past. Nevertheless, institutional mechanisms can make a difference, particularly when the retributive elements of tribunals are paired with the restorative dimension of truth commissions, which focus primarily on acknowledging the suffering of victims, providing a definite account of the past. The discussion of past violence is a step towards the building of trust and the reconstruction of society. In the eloquent words of Basiouni: "*To remember and to bring perpetrators to justice is a duty we owe to our own humanity and to the prevention of future violations of international humanitarian and human rights law*."[32]

REFERENCES

Abraham, Meghna., *A New Chapter for Human Rights: A handbook on issues of transition from the Commission on Human Rights to the Human Rights Council*. Genebra, Friedrich Ebert Stiftung, 2006.

Bassiouni, M C, *Accountability for Violations of International Humanitarian Law and Other Serious Violations of Human Rights in Post-Conflict Justice*, 2001, pp. 3-54.

Bathia, Michael V, *War and Intervention: issues for contemporary peace operations*, Kumarin Press, New York, 2003.

Bergling, Per, *Rule of law in the international agenda: International support to Legal and Judicial Reform in the International Administration, Transition and Development Co-operation*, Intersentia, Oxford, 2006.

Dali, M W, *Darfur's sorrow: a history of destruction and genocide*. Cambridge University Press, 2007.

Jonhson, Douglas, *The Root Causes of Sudan's Civil Wars.* Bloomington, Indiana University Press, 2003.

Jones, Adam. *Genocide, war crimes and the West: history and complicity*. Intersentia, Oxford, 2007.

Prunier, Gerard, *Darfur: The Ambiguous Genocide*, Ithaca, Cornell University Press, 2005.

Riaka, Lago Gatjal. *Darfur conflict's connection to the North-south Peace Process*, Sudan Tribune, April 24th, 2007.

Sriram, Chandra Lekha, *Confronting Past Human Rights Violations: justice vs peace in times of transition*, London, Frank Cass, 2004.

Teitel, Ruti G, *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2000.

Trindade, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

List of key documents consulted:

African Charter on Human and Peoples' Rights.

The Four Geneva Conventions of 1949 and its Two Protocols.

The Rome Statute of the International Criminal Court.

OHCHR, Compilation of obligations and commitments by the Sudan on Darfur, 2007.

OHCHR, Compilation of recommendations made to the Sudan on Darfur, 2007.

OHCHR, Report of the commission on Human Right on the situation of human rights in Darfur region of the Sudan, E/CN.4/2005/3, May 2004.

OHCHR, Briefing Paper for the Human Rights Council special session on the human rights situation in Darfur, December 2006.

OHCHR, Briefing note for the High Level Mission on the status of Darfur-specific

recommendations made by UN Special Procedures, February 2007.

United Nations, Monthly reports of the Secretary-General on Darfur (15 reports between April 2005 and February 2007).

United Nations, Reports of the Special Rapporteur on the human rights situation in the Sudan, E/CN.4/2006/111, January 2006 and A/61/469, September 2006.

United Nations, Report of the Representative of the Secretary-General on the human rights of internally displaced persons - Mission to Sudan, E/CN.4/2006/71/Add.6, February 2006.

Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, 25 January 2005.

Report of the United Nations Secretary General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies 2004. UNSG Report S/2004/ 616.

United Nations Security Council resolutions (1679/2006), 1706/2006, 1709/2006,

1713/2006, 1714/2006, 1769/2007.

UNHCR, Geneva and field briefings to the High Level Mission to Darfur, February 2007 A/HRC/4/80.

Report of the High-Level Mission on the situation of human rights in Darfur pursuant to Human Rights Council decision S-4/101 / A/HRC/4/80 / 9 March 2007.

Resolution of the Human Rights – Fourth Special Session Council – A/HRC/S-4/L.1 / 4 December 2006.

Concordis International. *Land Use and Tenure: a key to sustainable peace in Darfur*, Concordis Papers I, May 2007.

Concordis International, *Promoting Sustainable Peace in Sudan through Post-Conflict Justice and Reconciliation*, Concordis Papers VI, May 2007

International Crisis Group, Sudan's other wars, 25 July, 2003.

International Crisis Group, *Darfur's New Security Reality,* African Report n.134/ 26 November 2007.

Sudan Humanitarian Overview, 1-31 January 2007, Vol.3, Issue 1, OCHA and Darfir Humanitarian Access Map.

Human Rights Watch Report – *Ensuring Civilian Protection in Chad: The Proposed UN Mission*, February 2007.

Human Rights Watch Report, *Darfur Bleeds: Recent Cross-Border Violence in Chad*, n.02, February 2006.

Human Rights Watch Report, *Darfur: Humanitarian Aid under Siege*, May 2006.

Human Rights Watch Report *Darfur in Flames: Atrocities in the western Sudan*, vol.16, n. 05 (A), April 2004.

Médicins Sans Frontières, *Darfur, Sudan*: *The Chronic Insecurity Has Led Us to Redefine and Step up Our Activities*, 16 February 2006.

Peace Agreements and related materials

Comprehensive Peace Agreement, 20 July 2002

Darfur Peace Agreement, 5 May 2006

International Criminal Court (ICC)

Statement by the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council, December 2006

Websites:

http://www.icc.org

http://www. un.dpko.dpko

http://www.child-soldier.org

http://www.msf.org

http://www.icrc.org

http://www.unamid.org

http://www.amnesty.org

http://www.unsudan.ig.org

http://www.ohcht.org/english/bodies/hrcouncil

http://www.un.org

http://www.unmis.org

http://www.hrw.org/english/docs/2004/12/10/sudan9820.htm

http://www.africa.unpenn.edu/Hornet/sd_marchar.html

http://web.amnesty.org/library/print/ENGAFR540082004

http://www.crisisgroup.org

http://www.darfurinfo.com

http://news.bbc.co.uk/2/hi/in_depth/africa/2004/sudan/default.stm

http://www.crimesofar.org/onnews/news-darfur.php

http://www.sudantribune.com

NOTES

1. UNAMID statistics. Available at <http://www.unamid.org>, last visited in 25th of January, 2008.
2. G**rave breaches** of the Conventions and Protocols are regarded as **war crimes**, as stated in the Protocol I "*expressis verbis*." Those are violations that represents a especial grave danger to humanity and if they continues to happen and if the international community does not sanction it, it could represents the collapse of the whole system. The definition of grave breaches and war crimes in the Conventions and Protocols has been inspired by the numerous violations of international humanitarian law committed during World War II and by the Nuremberg Law. However, the Geneva Law leaves entirely to states the responsibility for searching for violators of the Conventions and Protocols, for judging them, and if warranted, to sanction them. In fact, the Nuremberg Trials based on the definition in the London Charter that was published on August 8, 1945. Along with war crimes, the Charter also defined crimes against peace and crimes against humanity, which are often committed during wars and in concern with war crimes, but are different offenses under international public law. Under the Nuremberg Principles, war crimes are differs from crimes against peace as the later is characterized as planning, preparing, initiating, or waging a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements, or assurances. The International Criminal Court is the Organization that can prosecute war crimes committed on or after July 1st, 2002. However, the court only has jurisdiction over these crimes where they are "*part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes*" (Rome Statue, Part I, Article 8).
3. The Rome Statute Explanatory Memorandum states that crimes against humanity "*are particularly odious offences in that they constitute a serious attack on human dignity or grave humiliation or a degradation of one or more human beigns. They are not isolated or sporadic events, but are part of a government policy (although the perpetrators need not identify themselves with this policy) or of a wide practice of atrocities tolerated or condoned by a government or a de facto authority. However, murder, extermination, torture, rape, political, racial or religious prosecution and other humane acts reach the threshold of crime against humanity only if they are part of a widespread or systematic practice. Isolated inhumane acts of this nature may constitute grave infringements of human rights, or depending on circumstances, war crimes, but may fall short of failing into the category of crimes under discussion*." In fact, the Nuremberg and Tokyo trials and the UN Genocide Convention established the principle that perpetrators of crimes against humanity should be tried and punished for their actions. Indeed, the systematic persecution of one racial group by another, such as occurred during the South African apartheid government, was recognized as a crime against humanity by the United Nations General Assembly in 1976. The United Nations, especially the UN Security Council has a major responsibility in referring to the ICC cases related to crimes against humanity, war crimes, genocide and ethnic cleansing. In this way, the ICC has broad authority and jurisdiction for this cases. A crime against humanity is defined in Article 7.1 of the Rome Statute and must be part of a "*widespread or systematic attack directed against any civilian population*." In this sense, an individual crime on its own, or even a number of such crimes, would not fall under the Rome Statute unless they were the result of a State policy or an organizational policy, as it was the case of Darfur.
4. The first important innovation of the 1949 Conventions and the 1977 Protocols was the adoption of rules to protect civilian populations who have become more vulnerable in the new types of conflict. The second one was to provide more detailed protections in non-international armed conflicts, a more frequent occurrence since world War II, Protocol II supplements and develops article 3 common to the four Geneva Conventions of 1949, the only provision until then applicable to armed conflicts of a non-international character, which is the case in Sudan, although it has consequences and spill-over effects on neighboring countries.
5. International Crisis Group, *Darfur's New Security Reality,* African Report n.134/ 26 November 2007, at 01.
6. *See also*: Johnson, Douglas H. *The root causes of Sudan's Civil Wars*. International African Institute, London, 2003.
7. Riaka, Lago Gatjal. *Darfur conflict's connection to the North-south Peace Process*, Sudan Tribune, April 24th, 2007. Available at: <http www.sudantribune.com>, last visit in 20th of July, 2008.
8. Resolution 1769 of the United Nation Security Council, issued in 31 July 2007.
9. On December of 1948, the UN General Assembly approved the Convention on the Prevention and Pu-

nishment of the crime of Genocide and it entered into force on January 1951. The Convention establishes that genocide, whether committed in times of peace or war, is a crime under international law. This way, the scope of international humanitarian law was thus extended to violations committed in times of peace. In this sense, the Genocide Convention is an advance over the Nuremberg Charter, once it is not connected only in times of war. Also, the Convention confirms the key Nuremberg principle that establishes the individual penalty responsibility of responsible rulers, public officials or private individuals.

10. The Sudan government joined in the adoption of the World Summit Outcome, explicit accepting its responsibility to protect and pledging in accordance with it. Also, with its ratification of various Human Rights and Humanitarian law treaties, it has also accepted specific legal obligations that underpin this responsibility (These treaties include, for instance, the International Covenant on Civil and Political Rights; the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination, the Convention on the Rights of the Child, the African charter on Human and People's Rights, and the four Geneva Conventions of 1949). In addition, in the signing of other treaties while not yet ratifying them, Sudan remains legally bound to refrain from acts that would defeat the purposes of those treaties (these include the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and the Rome Statue of the International Criminal Court).
11. UN General Assembly, Sixtieth Session, *2005 World Summit Outcome*, A/RES/60/1, 2005, para. 138.
12. UNSC Resolution 1674, adopted by the United Nations Security Council on 28 April 2006, "*reaffirms the provisions of paragraphs 138 and 139 of the 2005 World Summit Outcome Document regarding the responsibility to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity*." In fact, the Resolution commits the council to act to protect civilians in armed conflicts.
13. 51 persons among political and military authorities, leaders, etc., including the president Omar al-Bashir, have been identified as responsible for crimes committed in Darfur, as the investigations of the ICC, on the presidency of Moreno-Ocampo, has shown so far.
14. See Bergling, Per, *Rule of law in the international agenda: International support to Legal and Judicial Reform in the International Administration, Transition and Development Co-operation*, Intersentia, Oxford, 2006.
15. Bergling, *supra*, at 19.
16. Report of the United Nations Secretary General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies 2004. UNSG Report S/2004/ 616, at 04.
17. UNSG Report S/2004/ 616, *supra*, at 04.
18. See UNSG Report S/2004/ 616, *supra*.
19. Concordis International. *Land Use and Tenure: a key to sustainable peace in Darfur*, Concordis Papers I, May 2007, at 05.
20. International Crisis Report, *supra* note 2, at 26.
21. The unification of dissident factions of the SLA movement is especially recommended in order to unify the SLA military leadership.
22. The first phase is to unite all peace initiatives and the second entails shuttle diplomacy to Sudan government and the non-signatories of the DPA, as a part of the 'road map towards peace in Darfur' presented to the UN Security Council on 9 June 2007.
23. UNSG Report S/2004/ 616, *supra* note 8, at 04.
24. *Gacacas* are essentially popular tribunals rooted in local costumes, for lower-level perpetrators.
25. Identifying and punishing leaders individually of crimes against humanity and war crimes places individual guilt on key actors, organizers and institutions, avoiding collective guilty. In fact, trials are created first and foremost to assess and assign culpability. Tribunals focus on punishing perpetrators rather than recognizing victims, and thus are driven by the importance of establishing accountability.
26. Bassiouni, M C, *Accountability for Violations of International Humanitarian Law and Other Serious Violations of Human Rights in Post-Conflict Justice*, 2001, pp. 3-54, at 14.
27. These are the first time that charges of genocide against a head of state are brought before the ICC. The first time charges against genocide were brought against individuals were at the *ad hoc* Tribunals for ex-Yugoslavia and Rwanda, on the 90's. The Tribunal for ex-Yugoslavia was given the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the 1949 Geneva Conventions, genocide, violations of the law of the Hague and crime against humanity (Nuremberg law). The Rwanda Tribunal was given similar power, except for the law of the Hague.
28. Nations in South America, Asia, Africa and Eastern Europe have adopted truth commissions as a way of coming to terms with painful pasts.

29. For further information on this matter see: JONES, Adam. *Genocide, war crimes and the West: history and complicity*. Intersentia, Oxford, 2007.

30. South Africa's final report morally condemned publicly the persons associated with the apartheid abuses.

31. See Concordis International, *Promoting Sustainable Peace in Sudan through Post-Conflict Justice and Reconciliation*, Concordis Papers VI, at 08.

32. Bassiouni, *Supra* note 15, at 54.

OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES SOB O OLHAR DAS NAÇÕES UNIDAS E O ESTADO BRASILEIRO

Mércia Cardoso de Souza
Graduada em Serviço Social (UECE) e estudante de Direito (UNIFOR); Pesquisadora voluntária do Núcleo de Pesquisas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Déborah Barros Leal Farias
Mestra em Relações Internacionais (UnB); Graduada em Economia (UFC) e Direito (UNIFOR); Professora de Direito Internacional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR); ex-Integrante da Assessoria Internacional do Gabinete do Governador do Estado do Ceará (2001-2006).

1. INTRODUÇÃO

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) consolidou-se logo após as barbáries cometidas durante a 2ª Guerra Mundial como ramo distinto do Direito Internacional, pois os chefes de Estado atentaram para a importância de buscar erradicar a violação aos direitos dos humanos. Com isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948. Nas últimas décadas tem-se considerado os direitos humanos das mulheres como categoria integrante do DIDH. Nota-se, portanto, uma evolução, na medida em que houve no decorrer da história da humanidade uma realidade de exclusão da mulher dos diversos espaços, que era tratada como *o segundo sexo.*[1] Tal situação vem mudando ao longo das décadas. A ONU declarou o período de 1976-1985 como a Década da Mulher. Nesse período, muitas pessoas do mundo inteiro se uniram no intuito de formular propostas a instituições e órgãos responsáveis pelos assuntos relacionados aos Direitos Humanos. Foi nesse contexto que a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Convenção da Mulher) foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1979, mediante resolução A-34-180, tendo entrado em vigor em 3 de setembro de 1981.[2]

É importante lembrar que o Estado Brasileiro assinou a Convenção da Mulher no dia 31 de março de 1981[3], e ratificou-a em 1° de fevereiro de 1984[4], oferecendo reservas ao artigo 15, parágrafo 4º, artigo 16, parágrafo 1º, alíneas "a", "c", "g" e "h", e artigo 29. As reservas aos artigos 15 e 16 foram retiradas em 1994, pois eram incompatíveis com a legislação brasileira, então pautada pela assimetria entre os direitos do homem e da mulher. A reserva ao artigo 29, que não se refere a direitos substantivos, é relativa a disputas entre Estados-partes quanto à interpretação da Convenção e continua vigorando. Quanto ao Protocolo Adicional à Convenção, o Brasil se tornou parte em 2002.

O presente trabalho tratará da questão do DIDH sob a ótica dos direitos das mulheres. Como direção, utilizar-se-á a Convenção da Mulher (*Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women – CEDAW*[5]) e o Protocolo Adicional do referido tratado.

O objetivo deste estudo é compreender a Convenção da Mulher sob um prisma particular na proteção internacional dos direitos humanos. Tendo evoluído bastante no que concerne à conscientização do combate à discriminação contra as mulheres, atualmente, 185 países são Estados-parte, ou seja, mais de 90% dos componentes das Nações Unidas.[6] Especificamente, será contextualizado o surgimento da Convenção da Mulher, especificando os seus dispositivos mais importantes, a exemplo do Comitê CEDAW, que tem por função primordial supervisionar o cumprimento efetivo do tratado nos diversos Estados-Parte e o Protocolo Adicional, bem como as recomendações enviadas ao Estado Brasileiro, e as mudanças na legislação.

2. A CONVENÇÃO DA MULHER

O Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos é encabeçado pela Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948, seguida pelos Pactos de 1966 e pelas demais Convenções de Direitos Humanos. A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Convenção da Mulher) constitui

tratado bastante recente, já que data de 1979. O seu texto não foi o primeiro que tratou dos direitos da mulher aprovado pela ONU, pois antes já existiam tratados referentes aos direitos da mulher casada, dos direitos civis e políticos e do tráfico de mulheres.

Desse modo, a Convenção da Mulher foi idealizada a partir de 1946, quando a Assembleia Geral da ONU instituiu a Comissão sobre o Status da Mulher (CSW, sigla em inglês) para estudar, analisar e criar recomendações de formulação de políticas aos diversos países signatários do referido tratado, com vistas ao aprimoramento da situação. A Comissão sobre o Status da Mulher, no período de 1949 a 1962, fez muitos estudos sobre a situação das mulheres no mundo, o que deu origem a vários documentos, dentre os quais se pode mencionar: Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres (1952), Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas (1957), Convenção sobre o Casamento por Consenso, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamentos (1962). Em 1967, a Comissão sobre o Status da Mulher se empenhou em elaborar a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, que constituiu um instrumento legal de padrões internacionais que articulava direitos iguais de homens e mulheres. Entretanto, não se efetivou como tratado, pois não estabeleceu obrigações aos Estados signatários.

A ONU declarou o período 1976-1985 como a Década da ONU para a Mulher. Foi nessa época que muitas militantes feministas se reuniram em vários espaços e formularam propostas referentes aos Direitos Humanos, buscando incluir questões específicas para as mulheres.

Nessa conjuntura foi aprovada a Convenção Mulher, pela Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1979, e entrou em vigor em 3 de setembro de 1981, entendendo que as pessoas do sexo feminino seriam alvo de várias formas de discriminação por parte da sociedade global. A Convenção é constituída por um preâmbulo e trinta artigos. Cabe mencionar que dezesseis artigos versam sobre direitos substantivos que devem ser protegidos, respeitados, garantidos pelos Estados-Parte. No seu artigo 1°, a Convenção traz o conceito de "discriminação contra a mulher":

> Para fins da presente Convenção, o termo "discriminação contra mulheres" significa qualquer distinção, exclusão ou restrição feitas com base no gênero que tem o efeito ou propósito de prejudicar ou invalidar o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, em base de igualdade entre homens e mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro campo.

A Convenção da Mulher estabelece vários deveres aos Estados-Parte, no sentido de que atuem no seu âmbito interno de modo a eliminar progressivamente a discriminação contra as mulheres, abstendo-se de práticas discriminatórias no âmbito público e promovendo a igualdade substancial entre os gêneros também na esfera privada. Prevê ainda a modificação da legislação e introdução de mecanismos de ações afirmativas como defesa do status da mulher nos países signatários.

A Convenção em comento estabelece no seu artigo 17 o Comitê supervisor do cumprimento do documento, para o qual os Estados-Parte devem enviar a cada quatro anos, ou quando solicitados, relatórios informando sobre as medidas legislativas, judiciais, administrativas ou de outra natureza que tenham adotado para tornar efetivas as disposições da Convenção, bem como os progressos alcançados.[7] Até fevereiro de 2008 havia 98 Estados signatários e 185 Estados-Parte da Convenção.[8]

Segundo Seager, a Convenção da Mulher (2003, p.16):

> [...] constitue um jeu de normes et de principes universels destinés à servir de références aux plitiques nationales à long terme, il s'agit d'éliminer toute discrimination sexuelle. Les gouvernements qui ratifient la Convention doivent mettre em place des politiques et des lois visant à supprimer toute discrimination envers les femmes.

A Convenção da Mulher é o tratado com grande número de reservas[9] dos seus dispositivos, o que implica em dificuldades para a satisfatória aplicação do referido documento, na medida em que os Estados-Parte não se obrigam na garantia dos direitos das mulheres no âmbito de seus territórios[j].

A ONU realizou muitas conferências, entre elas a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em Viena (1993) e a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo (1994). As mulheres organizadas participaram desses debates, o que resultou em alguns avanços, como o artigo 18 da Conferência de Viena, que diz: "Os direitos humanos das mulheres e das meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais." É importante lembrar que na Conferência referida foi enfatiza-

da a igualdade de gênero e a proteção aos direitos humanos das mulheres e meninas.

2.1 O Comitê CEDAW

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra Mulheres (Comitê CEDAW, sigla em inglês) está previsto no artigo 17 da Convenção da Mulher, sendo constituído de 23 especialistas de "elevado conceito moral e competência na área", para exercerem um mandato de quatro anos. As especialistas devem ser eleitas pelos Estados-Parte dentre as nacionais, devendo ser nomeadas de acordo com as capacidades pessoais[10].

O Comitê CEDAW tem como funções:

a. Examinar os relatórios periódicos apresentados pelos Estados-Parte (artigo 18 da Convenção);
b. Formular sugestões e recomendações gerais (artigo 21 da Convenção);
c. Instaurar inquéritos confidenciais (artigos 8 e 9 do Protocolo Adicional);
d. Examinar comunicações apresentadas por indivíduos ou grupo de indivíduos que aleguem ser vítimas de violação dos direitos constantes na Convenção (artigos 2 a 7 do Protocolo Adicional).

Analisar-se-á cada tarefa, de maneira específica, neste momento:

a. Examina os relatórios periódicos apresentados pelos Estados-parte

Conforme o artigo 18 da Convenção da Mulher, os Estados-parte devem apresentar relatórios periódicos, dando ênfase às medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou de outra natureza que adotarem para efetivar as disposições previstas na Convenção e os progressos alcançados. O primeiro relatório deve ser apresentado após um ano da ratificação do tratado e os demais a cada quatro anos e sempre que o Comitê solicitar. No tocante ao auxílio aos Estados-parte, o Comitê adotou algumas recomendações para que os Estados elaborem seus relatórios.

Desse modo, após o recebimento do relatório do Estado-parte, um grupo de trabalho do Comitê CEDAW, constituído por cinco partes, reúne-se antes da sessão com o intuito de preparar uma lista de questões e perguntas para serem enviadas aos Estados antes da apresentação do relatório. Durante a sessão, oito dos Estados-parte devem apresentar oralmente seus relatórios. Após a apresentação, o Comitê faz observações que devem ser posteriormente respondidas pelo Estado. Ao final, o Comitê elabora comentários finais sobre os relatórios apresentados, que devem ser incluídos em seu relatório final à Assembleia Geral. O exame dos relatórios objetiva o alcance de um diálogo que seja construtivo entre os Estados-parte e o Comitê CEDAW.

b. Formula sugestões e recomendações gerais

De acordo com o artigo 21 da Convenção da Mulher, é facultado ao Comitê CEDAW a elaboração de sugestões e recomendações gerais baseadas no exame dos relatórios e de informações recebidos pelos Estados-parte. Via de regra, as sugestões são encaminhadas a entidades das Nações Unidas, enquanto as recomendações gerais são direcionadas aos Estados-parte.

As recomendações gerais oriundas do Comitê CEDAW versam sobre temas abordados pela Convenção e oferecem orientações aos Estados-parte sobre suas obrigações que estão previstas no referido documento e os caminhos necessários ao seu cumprimento. É importante o fato da elaboração do conteúdo das recomendações contar com a participação não somente de integrantes do Comitê, mas de organizações da sociedade civil e de agências e órgãos das Nações Unidas, dentre outros.

c. Instaura inquéritos confidenciais

Conforme o artigo 8 do Protocolo Adicional à Convenção da Mulher, caso o Comitê receba informação indicando violações graves ou sistemáticas de direitos estabelecidos no tratado mencionado por um Estado-parte, o Comitê deverá convidar o Estado envolvido a apreciar junto ao Comitê a comunicação e a apresentar suas observações sobre a questão. O Comitê poderá encarregar alguns membros a dar andamento a um inquérito e comunicar com urgência os resultados. Caso seja justificável e houver aquiescência do Estado-parte, o inquérito poderá incluir visitas ao território deste Estado.

Desse modo, após a análise das conclusões do inquérito, o Comitê deve comunicar ao Estado a questão, que terá o prazo de seis meses para apresentar suas observações. O procedimento do inquérito tem caráter confidencial e a cooperação do Estado-parte poderá ser solicitada a qualquer tempo.

d. Examina comunicações apresentadas por indivíduos ou grupo de indivíduos que aleguem ser vítimas de violação de direitos dispostos na Convenção da Mulher

A partir da aprovação do Protocolo Adicional à Convenção da Mulher, foi facultado ao Comitê CEDAW examinar as comunicações apresentadas por indivíduos ou grupos de indivíduos, sob a jurisdição do Estado-parte, que afirmem ser vítimas de violação de quaisquer dos direitos abordados pelo mencionado tratado. Para operacionalizar isso, o Comitê verifica as comunicações nas quais se deu o esgotamento dos recursos internos, isto é, se todos os meios processuais na ordem interna foram esgotados, a não ser que o meio processual previsto tenha ultrapassado os prazos razoáveis ou que seja improvável que conduza a uma reparação efetiva da requerente.

No caso da comunicação ser admitida, o Comitê deverá informar ao Estado que terá o prazo de seis meses para apresentar suas observações. O Comitê deverá escutar os requerentes em sessões fechadas e transmitirá suas recomendações às partes interessadas. O Estado terá mais seis meses para apresentar documento escrito que esclareça sobre as providências adotadas.

De acordo com a Declaração de Viena, documento final da Conferência de Direitos Humanos de 1993:

> Ações e medidas para reduzir o amplo número de reservas à Convenção devem ser encorajadas. Dentre outras medidas, o Comitê de Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher deve prosseguir na revisão das reservas à Convenção. Os Estados são convidados a eliminar as reservas que sejam contrárias ao objeto e ao propósito da Convenção, ou que sejam incompatíveis com os tratados internacionais.

Nessa compreensão, faz-se necessário um esforço do Comitê CEDAW no sentido de proceder à revisão do número de reservas aos dispositivos da Convenção da Mulher. É o que consta no documento final produzido na Conferência de Direitos Humanos.

2.2 O Protocolo Adicional à Convenção CEDAW

Em 1991, durante uma reunião da CSW com alguns especialistas, viu-se a necessidade de se criar um Protocolo Facultativo à Convenção da Mulher, o que se recomendou à ONU. Iniciou-se, dessa maneira, uma longa caminhada para a criação de um documento formal, separado da Convenção citada, que deveria introduzir um procedimento para o recebimento de comunicações de violações de direitos humanos das mulheres, bem como outro de investigação.

Com isso, em 22 de dezembro de 2000, entrou em vigor o Protocolo Adicional à Convenção da Mulher, com o objetivo de instituir uma fiscalização mais efetiva. Os Estados-Parte têm a faculdade de concordar com as disposições nele contidas, assinando e ratificando. Vale mencionar que o Protocolo não permite reservas. O Protocolo Facultativo foi assinado e ratificado por 90[11] Estados-parte, até novembro de 2007.

O Protocolo contém vinte e um artigos e dois procedimentos. Quanto ao primeiro procedimento, este possibilita à mulher e a grupos de indivíduos vítimas de discriminação de gênero enviar uma comunicação[12] ao Comitê CEDAW. Ao ratificar o Protocolo, os Estados-Parte reconhecem a competência do Comitê de receber e analisar as comunicações, esgotados todos os recursos nacionais. Já o segundo procedimento, tem a função de investigar e permite ao Comitê CEDAW dar início, por iniciativa própria e baseado em informações que tenham credibilidade, a uma apuração de violações graves dos direitos previstos na Convenção da Mulher.

O Protocolo constitui mais um instrumento para a efetivação dos direitos humanos das mulheres, pois possibilita à mulher que tenha os seus direitos violados ingressar com uma reclamação contra um Estado que seja um possível violador de direitos humanos. O Protocolo Adicional tem alguns procedimentos, os quais serão descritos neste momento.

2.2.1 O Procedimento de Queixas Individuais

Conforme consta no Protocolo, o Comitê CEDAW está a cargo do primeiro procedimento da ONU de "recurso de queixas" referente aos direitos das mulheres, especificamente com o objetivo de responder a casos individuais de violações e garantir a reparação para as vítimas. Outros indivíduos ou grupos de indivíduos, inclusive organizações não governamentais, podem apresentar comunicações em nome das vítimas, desde que estas dêem anuência, ou ainda, mediante uma justificativa da ausência daquelas. A comunicação é enviada ao Secretário-Geral da ONU, que deverá enviá-la ao Comitê CEDAW. Consta de várias

fases: pré-admissibilidade, decisão de admissibilidade, consideração de méritos, opiniões e recomendações, seguimento.

2.2.2 O Procedimento de Investigação

O Protocolo estabelece o primeiro procedimento de investigação da ONU sobre a violação de direitos humanos das mulheres. Tem por objetivo investigar violações graves e massivas de direitos humanos dentro de um prazo razoável. Tal procedimento permite ao Comitê CEDAW, por iniciativa própria e baseado em informações dotadas de credibilidade, uma apuração de violações graves ou sistemáticas dos direitos previstos na Convenção da Mulher, nos Estados-parte. Ressalte-se que o Comitê CEDAW só admite a comunicação caso o Estado tenha assinado e ratificado o Protocolo Facultativo.

Consta de várias fases: recimento de denúncia, início de investigação, comentários e recomendações, seguimento, procedimentos.

2.3 O Comitê CEDAW e o Estado Brasileiro

O Brasil tem como marco jurídico a Convenção da Mulher e, em especial a recomendação do Comitê CEDAW de consagrar e garantir, através de lei, os princípio da igualdade entre homens e mulheres, previsto na Constituição Federal de 1988, em especial no seu artigo 5°, o qual afirma a igualdade entre os mulheres e homens.

A legislação brasileira, nos últimos anos, tem passado por algumas importantes alterações, destacando-se o novo conteúdo do Código Civil de 2002, as alterações no Código Penal, ocorrida em 2005, bem como o advento da Lei n° 11.340/2006, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher, também conhecida como Lei Maria da Penha.

A Constituição Federal de 1988 vem a ser um marco histórico nacional referente à proteção aos direitos humanos das mulheres, bem como ao reconhecimento da cidadania dessas. Isso foi fruto de um longo processo de deliberações em plenários, reivindicações dos movimentos sociais, o que trouxe a inclusão da noção de igualdade de direitos sob uma perspectiva étnica, racial e de gênero. Tal documento contribuiu mais ainda para que o Brasil se integrasse ao sistema internacional de direitos humanos.

Existem dois tratados internacionais que foram assinados e ratificados pelo Estado Brasileiro que tratam especificamente sobre a erradicação das desigualdades de gênero. São eles: Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

Segundo Campos (2008, p. 144):

> Tais tratados, além de criarem obrigações para o Brasil perante a comunidade internacional, também originam obrigações no âmbito nacional e geram novos direitos para as mulheres que passam a contar com a instância internacional de decisão, quando todos os recursos disponíveis na legislação nacional falharem à realização da justiça. Isto significa, portanto, pedir auxílio e denunciar práticas de violência contra a mulher à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Foi durante a Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Viena, no ano de 1993, que o movimento de mulheres reivindicou a inclusão de alguns anseios, o que foi colocado na Declaração e no Programa de Ação de Viena, definindo que "os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral dos direitos humanos universais." A partir dessa conjuntura, os direitos das mulheres foram considerados direitos humanos.

Com relação à Convenção da Mulher, esta prevê no artigo 17 o Comitê supervisor do cumprimento do tratado nos Estados-parte.

O Comitê CEDAW (ONU) enviou recomendações ao Estado Brasileiro, no sentido de que este adequasse sua legislação à Convenção da Mulher, de modo que combatesse a discriminação de gênero, pois eram vigentes muitas leis que atentavam para a discriminação das mulheres. É importante lembrar que o Estado Brasileiro demorou 17 anos para enviar os relatórios previstos no artigo 18ⁿ da Convenção da Mulher.

As principais áreas de preocupação e recomendações do Comitê, emitidas após o envio de cinco relatórios brasileiros, em 2002, versaram sobre: a inexistência de igualdade jurídica entre mulheres e homens; a inobservância do poder Judiciário em relação ao cumprimento dos tratados internacionais, nos quais o Brasil é signatário; existência de intensas disparidades regionais econômicas e sociais, em especial no acesso à educação, emprego e serviços de saúde, estando impedindo o cumprimento uniforme da Convenção da Mulher; o Código Penal, em 2003, ainda exibir um conteúdo discriminador das mulheres, como o termo "mulher honesta"; apesar da deci-

são firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em 1991, o poder judiciário aplicar a tese da "legítima defesa da honra" para homens acusados de praticar a violência contra a mulher, o que constitui explícita violação aos direitos humanos; o impacto da pobreza com relação às mulheres brasileiras afro-descendentes e indígenas, chefes de famílias, bem como de outros grupos que vivem à margem da sociedade; a persistência da violência contra mulheres e meninas, incluindo-se aí a violência doméstica e sexual; o aumento das taxas de incidência de várias formas de exploração sexual e tráfico de mulheres e meninas no Brasil; com a participação de policiais e com sua convivência com a exploração e tráfico; ausência de dados desagregados por sexo e informação insuficiente sobre a exploração sexual de crianças e adolescentes de rua; a sub-representação das mulheres em todos os níveis e instâncias de poder decisório, bem como em posições qualificadas em algumas áreas da vida pública e profissional, como no judiciário e nas relações exteriores, enfim, nos mais altos escalões; a participação das mulheres nos mais altos cargos seja muito menor que a dos homens; a alta taxa de analfabetismo e baixa porcentagem de mulheres com formação educacional que ultrapasse a escola primária;embora o ensino seja uma profissão eminentemente feminina, as mulheres ainda estejam sub-representadas no ensino superior; a discriminação da mulher no mercado de trabalho; altas taxas de mortalidade materna, em particular nas mais remotas regiões onde o serviço de saúde é bastante limitado; ausência de dados sobre as mulheres rurais, no que concerne à raça e etnia,[13] entre outras. Importa lembrar que a cada preocupação o Comitê CEDAW mencionou uma recomendação ao Estado Brasileiro.

No caso, o Estado Brasileiro defende o princípio da igualdade, na medida em que edita novas leis, como o novo Código Civil, sancionado em 2002, que entrou em vigor em 2003, as alterações realizadas no Código Penal, em 2005, bem como o advento da Lei n° 11.340/2006, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher, aprovada em 2006. Entretanto, o Brasil ainda não cumpriu ao todo o que a recomendação referente ao sexto relatório periódico, de número 16[14] determinou, pois não se vê no cotidiano a difusão de informações sobre a Convenção da Mulher.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir que a Convenção da Mulher, em conjunto com o seu Protocolo Facultativo e o Comitê CEDAW, constituem formas de concretizar os direitos humanos das mulheres na esfera internacional, compondo, desse modo, o Sistema Mundial de Proteção aos Direitos Humanos. É importante lembrar que tal tratado foi o segundo mais ratificado, mas também possui amplo número de reservas, o que dificulta a efetivação dos direitos das mulheres em vários países.

Dessa maneira, o Comitê CEDAW exerce duas funções, quais sejam: fiscalizar e opinar, não toma decisão e as recomendações por ele emanadas não têm força de lei, ou seja, em caso de descumprimento, o Estado-Parte não está sujeito à sanção e tem a faculdade de cumprir ou não, fato este que representa um problema grave para que o referido tratado possa ser concretizado com êxito.

Considera-se de grande relevância o conjunto de tratados que versam sobre o DIDH, e mais especificamente, sobre os direitos humanos das mulheres, pois colocam esses direitos num patamar de importância na esfera internacional, além de desenvolverem atividades que objetivam a proteção às possíveis violações dessa natureza. Infelizmente, o Comitê CEDAW não é dotado de um poder que possa vincular juridicamente os Estados-Parte no cumprimento efetivo das recomendações. Logo, o Comitê CEDAW deve fazer valer o poder político, de modo a conscientizar os países que violam os direitos das mulheres, pressionando dessa forma para que os países se sintam constrangidos e projetem ações afirmativas para erradicar a discriminação das mulheres no âmbito dos seus respectivos territórios.

Quanto ao Estado Brasileiro, pode-se concluir que é detentor de uma dívida social, política e econômica com as mulheres, que representam mais de 50% da população. É importante lembrar que, devido à falta de vontade política dos governantes do período de redemocratização (1985-2002), o Estado Brasileiro demorou 17 longos anos para elaborar um relatório ao Comitê CEDAW sobre a situação das mulheres, o que foi fruto de um trabalho em conjunto que envolveu a participação do movimento de mulheres, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, além da contribuição de especialistas comprometidas com a promoção dos direitos humanos. O Brasil é um país de imensas desigualdades, o que vem dificultar

que se atinja a igualdade de fato e de direito entre homens e mulheres. O ideal seria que os detentores do poder se comprometessem com as causas sociais, propondo e efetivando políticas públicas dotadas de eficácia, e não somente como um "faz de conta." Mas, infelizmente, vive-se o mundo real, e neste é complicado colocar em prática a preocupação com a sociedade, na medida em que muitos detentores do poder, seja qual for a forma, não têm muito compromisso com a sociedade.

Mesmo assim, nota-se uma evolução do Estado Brasileiro com relação à proteção aos direitos humanos das mulheres, mesmo que em parte, pois a partir do governo de Luiz Inácio Lula da Silva, criaram-se: a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, a Secretaria Especial para a Promoção dos Direitos Humanos, a Secretaria Especial de Políticas para a Promoção da Igualdade Racial, entre outras medidas, o que pode ser o início de algumas mudanças. O desafio é implementar políticas públicas que possam ser exitosas, na medida em que se trabalha com orçamentos exíguos, descontinuidade administrativa, políticas fragmentadas, atuações isoladas, dentre outros. Assim, o Estado Brasileiro, mesmo que de maneira lenta, tenta adequar a sua legislação à Convenção da Mulher, editando leis que combatam a discriminação das mulheres, colocando em prática políticas públicas, entre outros. Uma questão para ser pensada é a da igualdade de fato entre homens e mulheres, o que ainda não foi atingido. É importante ressaltar que existem muitas leis; o problema crucial é a ineficácia atual em cumpri-las por parte do poder público.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ALMEIDA, Guilherme de Assis; MOISÉS, Cláudia Perrone (Org.). **Direito internacional dos direitos humanos-instrumentos básicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

BARDWICH, Judith M. **Mulher, sociedade, transição**. São Paulo/Rio de Janeiro: Difel, 1979.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: fatos e mitos. 4. ed. Tradução Sérgio Milliete. São Paulo: Difel, 1970.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, RJ: 1992.

BRASIL. **Relatório nacional brasileiro**. Relativo aos anos de 1985, 1989, 1993, 1997 e 2001, nos termos do artigo 18 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Brasília, junho de 2002.

BRASIL. **O Brasil e o cumprimento da CEDAW**. Contra-Informe da Sociedade Civil ao VI Relatório Nacional Brasileiro à CEDAW – período 2001-2005. Brasília, julho de 2007.

BRASIL. Presidência da República. **Participação do Brasil na 29ª Sessão do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação da Mulher – CEDAW**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2004.

BRASIL. **Contra-informe da sociedade civil: VI Relatório Nacional Brasileiro à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW**. Período 2001-2005. Julho – 2007.

CAMPOS, Amini Haddad e CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos humanos das mulheres**. Curitiba: Juruá, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, v. 1.

CEDAW: **The Treaty for the Rights of Women**. Milani, Leila Rassekh, Albert. Sarah C. NY USA, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a mulher e seus direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GARCIA, Emerson. **Proteção internacional dos direitos humanos: breves reflexões sobre os sistemas Convencional e Não-Convencional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GUERRA, Sidney César Silva. **Tratados e Convenções internacionais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

LINS, Daniel Soares (org.); BORDIEU, Pierre et al. **A dominação masculina revisitada**. Tradução Roberto Leal Ferreira. Campinas: Papirus, 1998.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.

MUSZKAT, Malvina. **Desejo de mulher**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1994.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher**. Centro de Informação das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1994.

REZEK, J. F. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SEAGER, Joni. **Atlas des femmes dans le monde: la realité de leurs conditions de vie**. Paris: Éditons Autrement, 2003.

NOTAS

1. BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: fatos e mitos. 4. Ed. Tradução Sérgio Milliete. São Paulo: Difel, 1970.
2. Ver página Oficial do Comitê CEDAW: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/
3. Ver página Oficial do Comitê CEDAW: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/
4. Ver página Oficial do Comitê CEDAW: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/
5. Ver página Oficial do Comitê CEDAW: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/
6. A ONU está com 192 Estados-membros. O último país admitido foi Montenegro, em junho de 2006.
7. Vide art. 18 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.
8. Ver página Oficial do Comitê CEDAW: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/
9. Ver página Oficial do Comitê CEDAW: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/
10. Devido a fatos desta natureza, alguns países ainda são, em pleno século XXI, palco de discriminação das mulheres, a exemplo do que aconteceu no Irã, quando a jornalista e militante feminista iraniana Nasrin Afzali foi condenada a seis meses de prisão e a dez chibatadas pelo suposto fato de "perturbar a ordem pública", pois teria participado de uma manifestação em março de 2007 em frente ao Tribunal Revolucionário do Teerã, onde aconteceria o julgamento de várias feministas. Vale ressaltar que no Irã nos últimos meses foram presas várias mulheres que lutam pela igualdade de direitos entre os gêneros. (Fonte: Jornal O POVO – 21/04/2008)
11. Artigo 17 da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher.
12. Ver página Oficial do Protocolo Facultativo à Convenção CEDAW: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/sigop.htm.
13. Comunicação é a palavra utilizada pela ONU para expressar uma reclamação encaminhada por indivíduos ou grupos de indivíduos a um de seus órgãos para denunciar a violação aos direitos humanos.
14. Artigo 18 da Convenção da Mulher – "Os Estados Signatários comprometem-se a apresentar ao Secretário Geral das Nações Unidas, para efeitos de consideração pela Comissão, um relatório sobre as medidas legislativas, judiciais, administrativas, ou outras que tenham adotado a fim de dar cumprimento às disposições da presente Convenção e sobre os progressos alcançados nesse domínio [...]."
15. Recomendações do Comitê CEDAW ao Estado Brasileiro. Disponível em: <http://www.agende.org>.
16. "O Comitê convoca o Estado-parte a assegurar que a Convenção e a legislação doméstica relacionada sejam parte integrante na educação e do treinamento de funcionários judiciais, incluindo juízes, advogados, promotores e defensores públicos, bem como da grade curricular das universidades, de forma a estabelecer firmemente no país uma cultura legal de apoio à igualdade de gênero e não-discriminação. Convoca o Estado-parte a ampliar ainda mais o conhecimento das mulheres sobre seus direitos, inclusive em áreas remotas e entre os grupos em maior desvantagem, por meio de programas de alfabetização legal e assistência jurídica, de forma que elas possam reivindicar seus direitos com base na Convenção. Encoraja o Estado-parte a disseminar e ampliar mais a conscientização sobre a Convenção e o Protocolo Facultativo entre o público em geral, de forma a criar conscientização sobre os direitos humanos das mulheres." (Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher – Trigésima nona sessão – 23 de Julho – 10 de Agosto de 2007).

DIGNIDAD, LEGITIMIDAD, RESISTENCIA

Raquel Sosa Elízaga
Profesora del Departamento de Socioligía de la Universidad Nacìonal Autónoma de México (UNAM);
ex Secretaria de Desarrollo Socìal del Gobierno del Distrìto Federal, México.

Hace unos cuantos años, en la época en que nuestras ciencias sociales parecían dominadas por el debate del fin de las ideologías, muchos asumieron que el comportamiento de las colectividades, como el de los individuos, respondería de manera disciplinada a los designios del nuevo orden y se fundiría, como todo lo demás, en el caldero de la única voluntad posible, aceptable, que era la de incorporarse a la modernidad, a la transición democrática, al pensamiento único.

En América Latina, por todas las malas razones posibles, se planteó entonces con insistencia que se habían cerrado los caminos para otra cosa que no fuera la aceptación de los pactos que habían dado lugar al fin de las guerras y las dictaduras. Nadie podía querer algo distinto que participar en procesos electorales y aceptar las decisiones de sus gobernantes, hasta el fin de los tiempos.

Los nuevos Estados de la "seguridad pública" -que no volvería a hablarse de la seguridad, menos de la soberanía nacional- serían Estados armados contra amenazas políticamente indefinidas, o para decirlo con mayor precisión, amenazas a las que no se reconocía contenido u objetivos políticos específicos, salvo por el hecho de que, si se las dejaba avanzar, podrían poner en riesgo la recién conseguida "estabilidad/gobernabilidad democrática."

En todo caso, los enemigos del orden de la "seguridad pública" no serían, como los de los años sesenta y setenta del siglo pasado, *revolucionarios*. Esos habían desaparecido como potencial organizado y actuante en casi toda la región: las cárceles, las fosas comunes, el mar, países extraños que, por efecto de estancias prolongadas, se habían terminado por convertir para algunos en propios, la depresión y hasta el convencimiento habían terminado por disolver a esas masas críticas con más pena que gloria. Después de todo, ¿dónde, además que en México, se siguió hablando en los años ochenta y noventa de exiliados políticos, o conmemorando los onces de septiembre y los cuatros de octubre?

Otros enemigos del Estado habían surgido, en cambio. Siguiendo los cánones norteamericanos -sólo por no variar- ésos eran los migrantes, que se multiplicaron por millones de personas y de dólares que alimentarían nuestras economías, sin dejar de ser perseguidos; los terroristas - fundamentalistas escasos de causas cercanas o lejanas, siempre de piel oscura y usualmente embozados (¿no fueron llamados así los zapatistas? ¿No lo son las FARC colombianas? El MPR chileno? ¿Y hoy tantos otros, árabes de todas las nacionalidades, nortecoreanos, chinos, cubanos y ¿quién sabe quiénes más en el futuro?; la delincuencia organizada (narcos, vendedores de armas, secuestradores, traficantes de personas y órganos, contrabandistas y mercenarios); y, finalmente, los pobres. De todos, indudablemente, éstos serían los más peligrosos (Blechman, 1996).

Una de las cosas en que, por cierto, menos reflexionamos por esos años fue en la descripción con que las agencias internacionales y los políticos de la "seguridad pública" contribuyeron al conocimiento de los nuevos enemigos del Estado, es decir, los pobres de nuestro subcontinente. Ambos partían del reconocimiento de que se había agotado la era del desarrollo: nadie hablaba de fábricas, de obreros, de campesinos, de sindicatos, de organizaciones sociales ni, por supuesto, del papel regulador del Estado.

Los políticos y analistas neoliberales coincidían en señalar que la pobreza, de tanto crecer, se había constituido en una amenaza al orden público y que no tardarían en estallar nuevos focos de violencia. Salvo en México, donde siguió considerándose hasta este año la pobreza como un fenómeno rural, en el resto de la región se convirtió en verdad oficialmente reconocida que los desocupados de la ciudad, los nunca ocupados, los informales o como quiera que se les denominase, constituían/constituyen la mayoría de la población.

Así también, los funcionarios de las agencias de intervención internacional asumían que las formas de supervivencia de semejantes po-

bres/enemigos del Estado y de la gobernabilidad democrática variaron considerablemente en unos cuantos años para toda América Latina: no más la producción agraria (ni hablar de los alimentos); no más la que nunca dejó de ser incipiente industria nacional. De una u otra manera, los pobres constituyen el nuevo ejército de reserva de sociedades en que se vivía/se vive del tráfico de divisas, de las ganancias que producen los establecimientos financieros, de la deuda externa y de las deudas internas; de la venta de armas y drogas, del cultivo y comercio en pequeño y en grande de mariguana, coca, cocaína, opio y anfetaminas; de la venta de maquilas chatarra (sobre todo textiles y electrónicos) procedentes de Indonesia, Taiwán, Vietnam, Corea; de la venta de alimentos en las calles. De acuerdo con la CEPAL, siete de cada diez nuevos empleos creados durante la década de los noventa corresponden a alguna de estas ocupaciones inestables.

Por nuestra parte, podemos agregar a dichas descripciones lo que la reducción de gastos estatales en salud y educación produjo también sus propios pobres. Niños sin primaria, pero sobre todo sin educación posible después de la secundaria. Para dar sólo algunos ejemplos, en la ciudad de México, por efecto -entre otras cosas- de la reducción de matrícula en el bachillerato y las universidades públicas - 216,000 jóvenes de 15 a 25 años de edad no estudian ni trabajan. Particularmente dramática es la situación de personas con discapacidad. El cierre de las escuelas especiales agudizó la inaccesibilidad de servicios educativos para más del treinta por ciento de ellos. Así también ocurrió con la seguridad social. Para usar el mismo ejemplo, el cuarenta por ciento de los adultos mayores de la ciudad carece de servicios de salud y seguridad social. Los datos de otras ciudades capitales de nuestro subcontinente no son esencialmente distintos a éstos.

En estas condiciones, no es de sorprender que los índices delictivos se incrementaran peligrosamente, lo que pareciera abonar en el sentido asumido por los defensores del Estado de la seguridad pública. El robo patrimonial, con violencia o sin ella, se convirtió no sólo en el delito fundamental, sino el que tiene recluidos, en calidad de habitantes mayoritarios, a menores de treinta años en los reclusorios de la ciudad de México, como en São Paulo.

Procedentes de familias desintegradas, víctimas y a veces responsables de violencia familiar, víctimas ellos o sus familiares de adicciones, acompañados por la vida de sus amigos de la calle, su único espacio posible de socialización: ellos son la síntesis más clara de los males que corroen a la gobernabilidad democrática: el perfil mismo del mal erradicable sin aspavientos: ¿quién podría defenderlos?

Completan el panorama de los enemigos del Estado, de todos los Estados, los migrantes, cientos de los cuales perecen en las fronteras sin poder alcanzar el sueño de cruzarlas, víctimas del hambre, la sed o las policías migratorias. Catorce y medio millones de latinoamericanos y caribeños, cincuenta y un por ciento de la población extranjera en los Estados Unidos constituyen un argumento absolutamente incontestable del peso económico, social, cultural y hasta político que representa el movimiento de una parte importantísima de la población pobre de nuestros campos y ciudades en busca de mejores condiciones de supervivencia (Addiecchi, 2003, p. 17).

Hablar de pobreza, pues, y pobreza extrema en la América Latina quiere decir todas estas cosas para las que las agencias internacionales carecen de otra respuesta que no sea la necesidad de asociación de políticas represivas con elaboración de un sofisticado sistema de presiones y chantajes: los índices de factibilidad de inversión financiera y las políticas que de ellos se desprenden. En un reciente número dedicado a las ciudades latinoamericanas, la revista *América Economía* da muestras de creatividad insospechada en la calificación de nuestras metrópolis.

En un "ranking" de PIB per cápita "ajustado por violencia" (en el que se "descuentan" pérdidas ocasionadas por violencia y delincuencia), *América Economía* otorga a Miami un puntaje de 27.053 dólares anuales; a Santiago, de 8,283; a São Paulo, de 7,553, y a la ciudad de México, de 6,355. Todas las ciudades latinoamericanas mencionadas tienen 4 puntos sostenidos en 2002 y 2003, o el equivalente a "peligro máximo", es decir, las peores calificaciones en criminalidad, eficacia de las fuerzas de seguridad pública, disturbios sociales, terrorismo, secuestros e inestabilidad geopolítica. Todo ello las califica con el índice más bajo de "seguridad en ciudades *(América Economía,* 2003, pp. 22-35), mientras que, en contraste, Miami es evaluada como la ciudad de mejor índice de calidad de vida y de "facilidad para emprender" negocios.

La imposición de semejantes "verdades" por los Estados de seguridad pública no requerían mayor comprobación. Bastaba con visibilizar las tasas de homicidios, que en Medellín ascienden a 121.3; en Caracas, a 89.9; en São Paulo, a 64.8 por cien mil habitantes. ¿Quién, si no los pobres, podría ser responsable de un incremento tan sos-

tenido de la violencia? ¿Cuántos estuvieron en condiciones de cuestionar que la pobreza fuera el origen de la delincuencia organizada o señalar las vinculaciones de ésta con el poder público y los grandes intereses privados?

Los caminos de la transición a la democracia fueron surcados, así, lenta e inexorablemente, por la incapacidad de los gobiernos de ofrecer mejores condiciones de vida, a la par del limitado ejercicio de derechos electorales. Entonces fue que se estableció otra forma de hegemonía, de la que nos habló a sus discípulos René Zavaleta hace muchos años: el miedo, el terror. Las más efectivas formas de convencer a la población de resguardarse, en lo posible, en sus espacios privados, de evitar las calles, de paralizarse antes de intentar un movimiento que pudiera volverse sospechoso a los ojos de la policía. Protestar ante medidas gubernamentales había sido infructuoso durante la transición a la democracia. Protestar ante la inseguridad, cuando los delincuentes circulan libremente por las calles, protegidos complicitariamente por los cuerpos de seguridad o superiores a todo intento suyo por controlarlos o diezmarlos, se volvería inútil, absurdo.

El miedo se volvió entre nosotros un territorio inmenso que cercenó toda o casi toda la actividad de masas. Miedo definido e indefinido: a la pérdida de la vida, del patrimonio en manos de la delincuencia, a convertirse en víctima inocente de un atentado en las calles, a caer en manos de secuestradores, a perecer en medio de algún ajuste de cuentas entre bandas o entre policías y ladrones, a que el vecino, asociado a la delincuencia, se convirtiera en verdugo y ajusticiador ante la sospecha de una delación. Miedo, en fin, a que las cosas, de por sí malas, se pusieran peores. Gobiernos derrocados por la corrupción fueron sustituidos por otros gobiernos igualmente corruptos. Bandas delictivas incrustadas en el gobierno y en los aparatos armados, luego de ser descubiertas y exhibidas públicamente, quedaron impunes o fueron perdonadas (¿Aguas Blancas, en Guerrero, o los fraudes de Espinosa Villarreal en la regencia de la ciudad de México; los ostentosos robos al patrimonio nacional de los Salinas, Menem, Fujimori serán ejemplos suficientes?).

Muchos de nuestros colegas consideraron entonces que la violencia se había "despolitizado." Era, efectivamente, difícil identificar de dónde venía, qué provocaba el desorden institucional, quién se benefició, cómo se reorganizó el Estado en los años de la "transición hacia la gobernabilidad basada en la seguridad pública." Poco a poco, sin embargo, el panorama se fue aclarando y creo poder afirmar que vuelve a haber condiciones para observar con claridad qué, quiénes, cómo se ejerce o pretende ejercerse el poder en estos tiempos, pero, lo más importante, qué, cómo puede explotarse el horizonte de visibilidad que nos abre esta época.

En los extremos, el fracaso de las políticas de combate a la pobreza y de las políticas de seguridad pública coloca a nuestras sociedades ante una curiosa situación que podríamos describir como juego de suma cero: no se ha cumplido ninguno de los objetivos básicos que se planteó la gobernabilidad; los aparatos de gobierno han resultado, en el mejor de los casos, ineficaces, en el peor, corruptos cómplices del continuo deterioro de la calidad de vida.

Mas hoy que los extremos se tocan, la pobreza urbana aparece como productora o reproductora posible de la delincuencia organizada, pero también como la única posible creadora de alternativas de vida ajenas, distintas a las de la violencia. Y es precisamente el hecho de que son jóvenes las principales víctimas/responsables de hechos delictivos los que terminan en prisión, vidas anuladas por efecto de la incapacidad de la sociedad de prevenir y combatir las causas y a los verdaderos agentes de la delincuencia organizada, lo que ha comenzado a sensibilizar a nuestras sociedades en el sentido de que criminalizar a los jóvenes, incrementar los gastos en seguridad pública con sofisticados esquemas de inteligencia policial, tecnología de armamentos, efectivos policiacos, etc., no sólo resulta ineficaz, sino objetivamente peligroso para la supervivencia colectiva.

Y es aquí que se plantean nuevos caminos a la resistencia, desde la dignidad de cada uno de los seres humanos, más allá y más acá de la condición de pobreza, en la recuperación de seres humanos complejos, con sentimientos, aspiraciones, capacidades y voluntad para remontar la era del miedo, la presión de los Estados de seguridad pública.

El asunto que ha comenzado a discutirse en medios políticos y académicos no dominados por la política del terror (de Estado, se entiende) se planteó inicialmente como de la dignidad de la vida, y hoy se extiende a lo que tal vez en el futuro llamemos con propiedad el "derecho a la felicidad." Trataré de explicarlo brevemente. Una vez destruidos los esquemas desarrollistas y lejanos o imposibles los esquemas basados en la socialización de los medios y las relaciones de producción, se abrió el camino a consideraciones de diverso tipo, pero que en común tienen la reivindicación de la comunidad, sus vínculos, formas de organización y tradiciones

como elementos esenciales para la reconstitución del tejido social.

La desconfianza hacia la política y los políticos ha comenzado a ser sustituida por la decisión de tomar la política en las propias manos y establecer formas de participación, organización y, como se pueda, conducción de la vida social, antes inéditas e insospechadas. He ahí las experiencias pioneras de los autonomistas zapatistas, del Movimiento de los Sin Tierra en Brasil, de buena parte del movimiento globalifóbico y de los movimientos de masas en Venezuela y Argentina. Algo que le ha permitido, entre otros, a Hernán López Echagüe (2002), afirmar que "la política está en otra parte." Y, efectivamente, vemos hoy cada vez más que las razones y orientaciones de las organizaciones barriales, comunitarias, civiles y sociales no atienden ni se inscriben en las regulaciones establecidas por el Estado de seguridad pública y, por primera vez, lo pone a éste a la defensiva. Y es que, a los ojos de la población en movimiento, resulta indudablemente peligroso para la seguridad colectiva dejar tanto la paz como la guerra a los hombres del poder y de las armas.

La exigencia de que el Estado reasuma sus responsabilidades sociales; de rendición de cuentas y transparencia en el uso de los recursos públicos, pero, sobre todo, de participación en el proceso de toma de decisiones y ejecución de programas y la revocación de mandatos que violen estos principios han pasado a ser signos de los tiempos en un mundo y un subcontinente que poco esperan de quienes de todo los han despojado.

La construcción de identidades colectivas atraviesa hoy un proceso de reconocimiento de la iniquidad, desigualdad, pluralidad, diversidad, conflictividad, que constituyen las formas verdaderas de existencia de toda comunidad. La promoción de consensos, la apertura y la tolerancia se convierten en aprendizajes indispensables para lógicas de supervivencia sólo explicables en el contexto del caos y del empobrecimiento provocados por la era neoliberal, por la continua amenaza de la guerra.

Las rutas trazadas por nuestras sociedades distan mucho de ser de fácil lectura o previsibles. Muchas cosas contradictorias ocurren simultáneamente hoy, y lo harán en el futuro. Lo que no había ocurrido antes, y tenemos elementos para plantear que comienza a ser un fenómeno generalizado, producto de la dictadura y las guerras, de años de agravios colectivos, de fracasos neoliberales, de pobreza agudizada, de desdén de los políticos por sus pueblos, y de muchas otras cosas más, es la pérdida del miedo, la lenta, pero segura recuperación del espacio público, el acotamiento y la exigencia hacia el ejercicio del poder. Los enemigos de los Estados de seguridad pública comienzan a reaccionar fuera/y muchas veces en contra de la lógica que esos Estados impusieron. Será un fenómeno a evaluar con precisión en el futuro cercano. Ya hoy nos llena de esperanza.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLECHMAN, Barry M. *Política y seguridad nacional*. México: Gernika, 1996.

ADDIECCHI, Florencia. *Las fronteras reales de la globalización: la política migratoria de Estados Unidos frente al flujo de origen latinoamericano o caribeño*. Tesis de Maestría en Estudios Latinoamericanos, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, 2003.

AMÉRICA ECONOMÍA. Ranking ciudades 2003: edición México. México, 25 abril /8 mayo 2003, pp. 22-35.

LÓPEZ ECHAGÜE, Hernán. *La política está en otra parte. Viaje al interior de los nuevos movimientos sociales*. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma, 2002.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS PRINCIPIOS SUSTANTIVOS EN EL CAMPO DE LOS MENORES

Ruth Villanueva Castilleja
Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México; ex Presidente del Consejo de Menores Federal de México.

Establecer los principios específicos que sustentan al Derecho de Menores permite puntualizar la base, origen y la razón fundamental sobre la cual se desarrolla, es por ello que enmarcarlos como principios sustantivos es asumirlos con toda la aceptación que conlleva el respeto de sus Derechos Humanos, para los especialistas y para aquellas personas interesadas en la atención a los menores de edad, a los niños que hoy en día requieren de un reconocimiento, sí, de un reconocimiento de los derechos aplicables a todas las personas por su condición irrevocable y universal de ello, pero también reconociendo "un dato específico que introduce exigencias características: son seres humanos que aún no han alcanzado cierta edad, a la que se reconoce determinada relevancia para efectos jurídicos" [1]

De esta manera los principios sustantivos reconocidos en el Derecho de Menores son: el interés superior del niño, la protección y la especificidad de la materia.

Sobre el primero debe decirse que es el principio rector sobre el cual deben instruirse los siguientes. Este término es utilizado por primera vez en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959[2], señalando en su artículo 2° que "el niño gozará de protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y formal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será *el interés superior del niño*."

Esta consideración de igual forma queda establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño[3] que señala "en todas las medidas concernientes a los niños, que tomem las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será *el interés superior del niño.*"

Lo anterior debe de ser priorizado, estudiado, y aplicado de tal manera que efectivamente se permita atender a la consideración de beneficiar a la niñez, en cualquier situación que ésta se encuentre, ya que de otra manera no puede entenderse bajo una interpretación armónica y sistémica el significado de un principio sustantivo tan importante para atender a esta población. Para definir este concepto debe de partirse de esta base como lo han hecho quienes técnica y jurídicamente consideraron importante diferenciar al niño del adulto, al menor de edad del mayor de edad. Así "el interés superior del niño debe conceptualizarse como la observancia desde todos los ámbitos y materias, de aquellas condiciones necesarias -establecidas en la norma o no- que permitan a los menores de edad potencializar su sano desarrollo en todos los aspectos.[4]"

El interés superior del niño, para diversos autores, se establece como un estándar, "es decir, como una medida media… con un contenido empírico, que es flexible, a las modalidades de la vida del derecho. La regla de derecho reviste caracteres de generalidad e importa una justicia abstracta, en tanto el estándar constituye una justicia más particularizada, siendo un elemento cambiante, modificable, evolutivo, todo de acuerdo a las circunstancias. Tal flexibilidad y cambio representa en el derecho su elemento de movilidad, lo que permite la preparación y organización jurídica para colocar en su lugar todos los datos del problema que se ha de resolver. El estándar jurídico, por tanto, debe entenderse como el camino sobre la base de las valoraciones que existe entre la regla de derecho y la norma individualizada que importa para la decisión judicial"[5]

Este razonamiento favorece el reconocimiento de una atención diferenciada que abarca a todas las personas menores de 18 años bajo un criterio de equidad aplicada a la justicia de menores. Así es fácil entender por qué, por ejemplo, también en el artículo 40° de la Convención sobre los Dere-

chos del Niño se señala en su último párrafo que la aplicación de las medidas para los niños que han cometido conductas tipificadas como delitos deben guardar "*proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción*."

Este hecho, el de atender a las circunstancias personales, significa tener en consideración siempre y en todo momento, del interés superior de cada niño, de sus propias características que para mayor abundamiento se precisan en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores[6] en su artículo 5° que señala "el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las *circunstancias* del delincuente y del delito."[7]

Este mismo criterio lo encontramos en los artículos 6, 14, 16 y 17, entre otros, y ha sido base también de la jurisprudencia internacional como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-17/2012 sobre La Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño que en su apartado VII puntualiza con respecto al interés superior del niño que: "este principio regulador de la normativa de los Derechos del Niño se funda en la dignidad misma del ser humano[8], en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades."

Sin entender el alcance de este principio será difícil definir su importancia. La Convención sobre los Derechos del Niño así lo señaló y para quienes esta materia tiene características específicas concluir, como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la necesidad de atender a las "características particulares de la situación en la que se halla el niño", es atender a los estándares antes señalados y lo que permite la interpretación armónica y completa que marca el camino para establecer el alcance y significado de este principio rector.

Por lo que hace al principio de protección debe de reconocerse dentro de la condición de niño, tal y como lo puntualiza la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo al señalar que "… 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 los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en particular en los artículo 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, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal…"

Este principio no significa de ninguna manera limitación alguna, sino por el contrario el disfrute de todos sus derechos pero con la obligación del estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la protección de todos ellos.

En este sentido tanto la Constitución[9] como el Código Civil Federal[10] y la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes[11] son congruentes y reafirman la importancia de este principio.

Al respecto, en el voto concurrente razonado del Doctor Sergio García Ramírez a la opinión consultiva OC-17/2002, se señala claramente que "la orientación tutelar tiene como divisa brindar al menor de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la *protección* que requiere (de ahí la expresión "tutela")… ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen el proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquél, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales."[12]

Es por ello que este principio sustantivo debe de entenderse en su más amplia consideración, bajo un esquema tutelar, sinónimo de protección integral, lo que quiere decir la adopción de lo sustantivo de las doctrinas que parecen contradecirse, tutelar o garantista, encontrando una corriente de síntesis, como ya ha sido señalado por el doctor García Ramírez ampliamente, de encuentro, de consenso, devolviendo a la palabra tutela su sentido genuino, en donde para algunos especialistas la identificación con el derecho de menores es incuestionable, como un derecho protector y no desposeedor de derechos o violador de los mismos.

Ésta es la idea real de protección, de tutela, lo que un sistema especializado busca, o sea la atención con base en la distinción de conformidad con su propia naturaleza.

Por último, el principio de especificidad es fundamental en esta materia, reconociendo que ésta es la cualidad y condición de específico, lo que conlleva a reconocer que esto es lo que dis-

tingue, o sea lo que tiene características propias, se entiende así que existen caracteres genéricos dentro de los cuales hay semejanzas, pero lo que permite una distinción es justamente aquello que los diferencia y permite una atención distinta.

Así la especificidad también se la reconoce justo como la "provisión de medios especiales para el menor de edad, en procuración de su interés y de su desarrollo y protección integral… Hay diferencia entre adultos y menores: no porque éstos queden sustraídos de las defensas y garantías que amparan a aquéllos, sino en el sentido de que reclaman medidas adicionales, instrumentales, igualadoras, prácticas, que permitan el logro verdadero de los objetivos."[13]

Partiendo de esta consideración se hace necesario reconocer la necesidad de definir los lineamientos sobre los cuales se debe encaminar el trabajo con los menores de edad, lo que constituye un asunto de especial pronunciamiento, reconociendo que los menores de edad "son sujetos de un régimen jurídico específico por cuanto éste, que los reconoce como destinatarios exclusivos de sus normas, les confiere un tratamiento propio en función de la categoría a la que pertenece, sustraída al universo general; empleada para este fin, órganos y procedimientos específicamente suyos y dispone medidas características, diferentes de las ordinarias." [14]

En los instrumentos de las Naciones Unidas en múltiples ocasiones se ha señalado la importancia y necesidad de atender a esta especificidad, así se ha señalado desde el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde se manifiesta que: "recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración."

Este principio debe ser aplicado a todos los niños en general y de manera especial debe de reconocerse para aquellos que han infringido la ley penal. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva Nº. 17 ha puntualizado también la necesidad de reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponde a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento y señala la importancia de brindarse el señalado trato por medio de instituciones debidamente calificadas para ello, lo que conlleva a la especialización tanto de las autoridades, como de la legislación y de las instituciones.

Por lo anterior es necesario reconocer la importancia de la especialización en toda su magnitud, ya que habilitar únicamente, por ejemplo, al personal, de ninguna manera corresponde al espíritu de una especialización; en este sentido la normatividad relativa a la educación señala en qué momento y bajo qué requerimientos se alcanza este nivel. [15]

Por lo que hace a los tribunales, también la opinión consultiva señala que deberán ser órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a mayores de edad, por lo que la habilitación para conocer de estos asuntos debe de considerarse bajo este contexto de igual manera.

La observación general Nº. 10 de Naciones Unidas, de fecha 2 de febrero del año 2007, también ha puntualizado que en lo relativo a la organización de la justicia de menores la recomendación es de que los Estados partes establezcan Tribunales de Menores como entidades separadas y "cuando no pueda hacerse de manera inmediata por motivos prácticos, los Estados partes velarán porque se nombre a jueces o magistrados especializados en menores"; como se observa, señala una excepción que muchas veces se ha entendido como la norma, pero que fortalece la idea de la especificidad, ya que si bien es cierto que la habilitación puede existir, ésta no es la óptima medida ni a ella debe de encaminarse el trabajo con los menores de edad.

En las Reglas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, se señala en el artículo 22, así como en el comentario oficial a éste, la necesidad de contar con personal especializado: "el personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema…[16]"

Por lo anterior es evidente la necesidad de reconocer la especificidad de la materia recayendo en la persona del menor de edad que por su condición de vulnerabilidad requiere de un trato diferenciado; no es posible tratar igual a los desiguales, en virtud de requerirse ser atendido de manera específica y especializada. De ahí surge también el señalamiento del artículo 18 constitucional. De no haber sido éste el espíritu, no cabría la incorporación tanto de un sistema de justicia integral para personas entre 12 y 18 años y uno de rehabilitación y de asistencia para los menores de 12 que han infringido la ley penal.

Estos principios son generales en el ámbito de todas aquellas personas que son menores de edad, que la Convención sobre los Derechos del

Niño los reconoce como tal, y que no deben de confundirse cuando éstos transitan ante cualquier posibilidad (menores trabajadores, menores víctimas, menores discapacitados, o menores que infraccionan la ley penal, entre otros); de no hacerlo así, el riesgo de no atender técnica, jurídica y humanamente a la niñez, se acrecenta día con día y la violación a sus Derechos Humanos será inminente.

NOTAS

1. García Ramírez, Sergio. Criminalia Año LXXIV Nº. 2, México 2008, Porrúa, p. 8.
2. Declaración de los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1986 de 20 de noviembre de 1959.
3. Convención sobre los Derechos del Niño. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.
4. Villanueva Castilleja Ruth et. al. Apuntamientos para un Derecho de los Menores de Edad en Conflicto con la Ley Penal. Revista Académica de la Facultad de Derechos de la Universidad La Salle. p. 24.
5. D'Antonio Daniel Hugo y Murga Maria Eleonora. Minoridad y Familia. Delta Editora, Argentina. p. 22.
6. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores. Resolución 1386. 1985.
7. Cfr. Comentario Oficial a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores. La regla 5 se refiere a dos de los más importantes objetivos de la justicia de menores. El primer objetivo es el fomento del bienestar del menor. Éste es el enfoque principal de los sistemas jurídicos en que los menores delincuentes son procesados por tribunales de familia o autoridades administrativas, pero también debe hacerse hincapié en el bienestar de los menores en los sistemas judiciales que siguen el modelo del tribunal penal, contribuyendo así a evitar las sanciones meramente penales. (Véase también la regla 14.) El segundo objetivo es el "principio de la proporcionalidad." Este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil). Por el mismo motivo, las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente pueden sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven, como ha ocurrido en algunos sistemas de justicia de menores. En este aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima. En definitiva, la regla 5 sólo exige que la respuesta en los casos concretos de delincuencia o criminalidad de menores sea adecuada, ni más ni menos. Los temas que las reglas vinculan entre sí pueden contribuir a estimular adelantos en ambos sentidos: los tipos de respuesta nuevos e innovadores son tan necesarios como las precauciones para evitar cualquier ampliación indebida de la red de control social oficial sobre los menores.
8. En igual sentido, el preámbulo de la Convención Americana.
9. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 4°: "… Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los Derechos de la Niñez."
10. Código Civil Federal. Artículo 23: "La minoría de edad, el estado de interdicción y de más incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la dignidad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes." Artículo 449: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos… En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados…" Artículo 450: Tienen capacidad natural y legal: I. Los menores de edad…"
11. Publicada el 29 de mayo de 2000. Artículo 1°: "La presente ley se fundamenta en el párrafo

sexto del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus disposiciones son de orden público, interés social y de observancia general en toda la República Mexicana y tiene por objeto garantizar a niños, niñas y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución." Artículo 3°: "La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad. Son principios rectores… G. El de la tutela plena igualitaria de los Derechos Humanos y de las garantías constitucionales." Artículo 4°: "De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niños, niñas y adolescentes se entenderán dirigidos a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social."

12. Cfr. 23. ¿Cómo negar, en efecto, que el niño se encuentra en condiciones diferentes a las del adulto, y que la diversidad de condiciones puede exigir, con toda racionalidad, diversidad de aproximaciones? ¿Y que el niño requiere, por esas condiciones que le son propias, una protección especial, distinta y más intensa y esmerada que la dirigida al adulto, si la hay? ¿Y cómo negar, por otra parte, que el niño –ante todo, un ser humano– es titular de derechos irreductibles, genéricos unos, específicos otros? ¿Y que no es ni puede ser visto como objeto del proceso, a merced del arbitrio o del capricho de la autoridad, sino como sujeto de aquél, puesto que posee verdaderos y respetables derechos, materiales y procesales? ¿Y que en su caso, como en cualquier otro, es preciso que el procedimiento obedezca a reglas claras y legítimas y se halle sujeto a control a través del sistema de garantías?
13. Idem, p. 20.
14. García Ramírez, Sergio. Estudios Jurídicos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; México 2000, p. 951.
15. En la Ley para la Coordinación de la Educación Superior, los particulares podrán solicitar el reconocimiento de los siguientes estudios… III. Posgrado: es la opción educativa posterior a la licenciatura y que comprende los siguientes niveles: a) Especialidad que conduce a la obtención de un diploma; b) Maestría que conduce a la obtención de grado correspondiente, y c) Doctorado que conduce a la obtención del grado respectivo."

    De igual manera el artículo 13 expresa "… III. El posgrado tiene el propósito de profundizar los conocimientos en un campo específico y deberá además:
    a) En el caso de especialidades:
    1. Estar dirigidas a la formación de individuos capacitados para el estudio y tratamiento de problemas específicos de un área particular de una profesión, pudiendo referirse a conocimientos y habilidades de una disciplina básica o a actividades específicas de una profesión determinada.
    2. Tener como antecedente académico el título de licenciatura, o haber cubierto el total de créditos de la licenciatura, cuando se curse como opción de titulación de ésta.
    3. Estar integradas por un mínimo de 45 créditos…"
    Por último se indica en el artículo 15 que "Los planes y programas de estudio en la modalidad escolar deberán establecer como mínimo las siguientes actividades de aprendizaje bajo la conducción de un académico:
    …

III. Especialidad	180 hrs.
IV. Maestría	300 hrs.
V. Doctorado	600 hrs.

16. Reglas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores. "Las personas competentes para conocer en estos casos pueden tener orígenes muy diversos (jueces municipales en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y en las regiones en las que ha tenido influencia el sistema jurídico de ese país; jueces con formación jurídica en los países que siguen el derecho romano y en las regiones de su influencia; personas con formación jurídica o sin ella designadas por elección o por nombramiento administrativo, miembros de juntas de la comunidad, etc., en otras regiones). Es indispensable que todas estas personas tengan siquiera una formación mínima en materia de derecho, sociología, psicología, criminología y ciencias del comportamiento. Ésta es una cuestión a la que se atribuye tanta importancia como a la especialización orgánica y a la independencia de la autoridad competente.
    Tratándose de trabajadores sociales y de agentes de libertad vigilada, tal vez no sea viable la exigencia de especialización profesional como requisito previo para el desempeño de funciones en el ámbito de la delincuencia juvenil. De modo que la titulación mínima podría obtenerse mediante la instrucción profesional en el empleo.

Las titulaciones profesionales constituyen un elemento fundamental para garantizar la administración imparcial y eficaz de la justicia de menores. Por consiguiente, es necesario mejorar los sistemas de contratación, ascenso y capacitación profesional del personal y dotarlo de los medios necesarios para el desempeño correcto de sus funciones.

Para lograr la imparcialidad de la administración de la justicia de menores debe evitarse todo género de discriminación por razones políticas, sociales, sexuales, raciales, religiosas, culturales o de otra índole en la selección, contratación y ascenso del personal encargado de la justicia de menores. Así lo recomendó el Sexto Congreso. Por otra parte, el Sexto Congreso hizo un llamamiento a los Estados Miembros para que garantizaran el tratamiento justo y equitativo de las mujeres como miembros del personal encargado de administrar la justicia penal y recomendó que se adoptaran medidas especiales para contratar, dar capacitación y facilitar el ascenso de personal femenino en la administración de la justicia de menores."

O MODELO JANICÉFALO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO: AS PERPLEXIDADES DA VALIDADE E DA APLICABILIDADE DO NOVO PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 5º

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; Docente Supervisora da Liga de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Amazonas e Advogada.

Jamilly Izabela de Brito Silva
Acadêmica do 5º Período do Curso de Graduação em Direito da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas; Bolsista do Programa de Iniciação Científica – PAIC/FAPEAM e Membro Fundadora da Liga de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Amazonas.

INTRODUÇÃO

O ano de 2008 foi marcado, no plano do Direito brasileiro, pela comemoração dos vinte anos de vigência da chamada *Constituição Cidadã*, a qual estabelece como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II) bem como, de forma inédita, em relação a todos os demais textos constitucionais anteriores, prevê na parte final do parágrafo 2º do artigo 5º uma cláusula aberta para inclusão no catálogo de direitos e garantias fundamentais outros direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Outrossim, o ano de 2008 foi assinalado pela celebração, no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dos sessenta anos da adoção da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem pela IX Conferência Internacional Americana em abril de 1948 e da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, as quais, sem dúvida, balizam o processo de *superação de velhos obstáculos*[1] e o início do movimento de internacionalização da proteção dos direitos humanos na segunda metade do século XX.

Apesar desses fundamentos jurídicos alicerçados com o transcorrer do tempo, ainda nos dias de hoje são evidentes as dificuldades de se estabelecer um diálogo amistoso entre o Direito Constitucional brasileiro e o Direito Internacional dos Direitos Humanos sob a perspectiva do *princípio da abertura internacional*, segundo analisa J. J. Gomes Canotilho à luz do modelar Direito Constitucional português[2].

O presente estudo, por conseguinte, objetiva demonstrar essa resistência imposta por barreiras inconstitucionais à abertura do texto magno ao Direito Internacional para a humanidade[3], fazendo-o por meio da exposição de dois fatos jurídicos importantes recentemente ocorridos, a saber:

A aprovação do texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo pelo Congresso Nacional com a promulgação do Decreto Legislativo nº 186/2008, segundo o rito mais agravado prescrito no novo parágrafo 3º, acrescentado ao artigo 5º por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, o qual será examinado na primeira seção do presente estudo.

O estabelecimento pelo Supremo Tribunal Federal de uma nova tese acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, sobretudo no voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, o qual será analisado na segunda seção do presente estudo.

Da apreciação dos fatos *supra* referidos, será possível inferir que, atualmente, o diálogo entre

o Direito Constitucional brasileiro e o Direito Internacional dos Direitos Humanos está ainda mais obstaculizado, posto que a Constituição Federal, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, abriga um modelo janicéfalo[4] de incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos ao seu texto.

Em outras palavras, de um lado, vigora a cláusula aberta constante, originariamente, no final do parágrafo 2º do artigo 5º que confere aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil *status* de norma materialmente constitucional e; de outro lado, o novo parágrafo 3º do mesmo artigo 5º, que lhes confere *status* equivalente à emenda constitucional desde que aprovados pelo Congresso Nacional com as limitações formais de dois turnos de discussão e votação com *quorum* qualificado de três quintos para sua aprovação em cada Casa.

Assim sendo, afora o impreciso surgimento do parágrafo 3º do artigo 5º, que encontra exclusiva explicação na pressão política exercida pelo Supremo Tribunal Federal[5] – com o objetivo de solucionar definitivamente a dissonância quanto à força hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos – há de ser questionada a constitucionalidade material do referido dispositivo, vez que afronta uma garantia de proteção constitucional dos direitos fundamentais.

Nesta esteira, ao acrescentar um parágrafo 3º ao artigo 5º "o legislador ordinário, investido de mero poder reformador, molda o texto constitucional à interpretação assentada pelas teses majoritárias da Corte Suprema, desvirtuando completamente o sentido e o alcance da cláusula final do parágrafo 2º, ainda vigente."[6]

Nessa coexistência inconciliável, em que se costuma sobrepor ao juízo de validade constitucional a mera constatação da vigência, resta ao observador perplexo assistir ao Poder Legislativo admirar a face monstruosa do parágrafo 3º por ele criada sob a influência da antiga tese majoritária do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados internacionais, enquanto o Poder Judiciário experimenta, sem a devida compreensão, aplicar a cláusula final do parágrafo 2º.

1. A APROVAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E DE SEU PROTOCOLO FACULTATIVO COM RITO EQUIVALENTE AO DE EMENDA CONSTITUCIONAL

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A discussão sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, que já era grande sob a égide do texto constitucional originário devido à inserção da cláusula final do parágrafo 2º do artigo 5º pelo legislador constituinte, agigantou-se com o acréscimo do polêmico parágrafo 3º, ao mesmo artigo 5º por força do artigo 1º da Emenda Constitucional nº 45/2004, que determinou:

> "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

Trata-se, por óbvio, de um debate fervoroso, mas puramente formal, pois os argumentos, em geral, focam tão somente a questão do *quorum* qualificado e dos turnos de discussão e votação dos ditos tratados.

Ressalte-se que, antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, a aprovação pelo Congresso Nacional dos tratados internacionais, quaisquer que fossem as temáticas neles veiculadas, seguia indubitavelmente o rito do decreto legislativo, que, por coincidência, possui os mesmos *quorum* simples e turno único de discussão e votação da lei ordinária, todavia, não tem, e jamais terá, a natureza jurídica de uma lei ordinária.

Entretanto, com a nebulosa inserção do já referido parágrafo 3º no texto constitucional[7], abriu-se ao Poder Legislativo a possibilidade para uma dupla opção no que concerne ao rito de aprovação dos tratados internacionais sobre direitos humanos: que seja o do decreto legislativo em paridade ao de uma lei ordinária ou que seja o do decreto legislativo em equivalência ao de uma emenda constitucional.

Posta assim preliminarmente a questão, pretende-se demonstrar a seguir, através do estudo em concreto da aplicação do novo parágrafo 3º no processo de aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo pelo Congresso Nacional que este parágrafo foi "mal concebido, mal redigido e mal formulado" e "representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988", na precisas palavras de A. A. Cançado Trindade.[8]

1.2 O PROCESSO DE APROVAÇÃO DO DECRETO LEGISLATIVO Nº 186/2008 NO CONGRESSO NACIONAL

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é a primeira convenção elaborada pela Organização das Nações Unidas no século XXI e se destaca como um marco histórico não só pela importância da normatização internacional dos direitos de um grupo vulnerável, que representa cerca de dez por cento da população mundial, mas também surpreende pela rapidez no seu processo de negociação e adoção.

A proposta de elaboração da Convenção em tela surgiu com uma campanha iniciada pela sociedade civil organizada por meio da *Internet* e oficialmente apresentada pelo México à Assembléia Geral das Nações Unidas em agosto de 2001. Em 2002, foi criado o Comitê especial para sua elaboração que encerrou suas atividades em agosto de 2006. No dia 13 de dezembro de 2006, o texto da Convenção foi aprovado por consenso pelos 192 Estados-membros da Organização das Nações Unidas.

O Brasil, que teve grande empenho técnico e político no processo de negociação por meio de órgãos governamentais e da sociedade civil organizada, assinou o texto da convenção e de seu Protocolo Facultativo tão logo foi aberto o prazo convencional, no dia 30 de março de 2007.

Em 26 de julho de 2007, o Ministro das Relações Exteriores Celso Amorim encaminhou a Exposição de Motivos ao Presidente da República contendo o projeto de Mensagem e o instrumento da convenção a ser analisado pelo Congresso Nacional, sugerindo ademais que:

> "(...) por se tratar de Convenção sobre direitos humanos, os textos sejam encaminhados ao Congresso Nacional com a expressa menção do interesse do Poder Executivo em vê-los incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com equivalência à emenda constitucional, em consonância com o dispositivo do §3º do Artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil."

Dessa feita, a Mensagem nº 711/2007, datada de 26 de setembro de 2007, foi encaminhada ao Congresso Nacional nos termos seguintes:

> "Nos termos do disposto no §3º do art. 5º combinado com art. 49, inciso I, e com o art. 84, inciso VIII, da Constituição, submeto à elevada consideração de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007."

Ao ser apresentada a referida Mensagem na Câmara dos Deputados, em novembro de 2007, a Mesa Diretora determinou que fosse constituída uma Comissão Especial, nos termos do artigo 34, II do Regimento Interno da Casa, posto que se tratava de proposição que versava sobre matéria de competência de diversas comissões[9]. Note-se desde já que esta opção regimental é significativa, pois esclarece que a proposição não tramitará na forma de emenda à Constituição. Se assim fosse, o rito seguiria o disposto nos artigos 34, I e 201 a 203 do mesmo Regimento.

No dia 08 maio de 2008, foi aprovado um requerimento de líderes visando à alteração do regime de tramitação da Mensagem nº 711/2007 (REQ 2043/2007) para imprimir urgência na sua apreciação, conforme o permissivo constante no artigo 155 do Regimento Interno da Casa, encaminhando-se a proposição diretamente à plenário, onde foi lido em sessão o parecer de autoria do Deputado Eduardo Barbosa, relator da Comissão Especial, que pugnou pela aprovação da matéria na forma do Projeto de Decreto Legislativo anexado.

Diante da falta de previsão regimental para a apreciação da matéria na forma do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, foram suscitadas diversas questões de ordem, ora com pedidos de esclarecimentos, ora questionando as decisões da presidência da Casa, quanto ao encaminhamento a ser dado à discussão e votação da proposição.

Em síntese, ficou decidido pela presidência da Câmara que, enquanto não for regulamentada a questão na forma regimental, o projeto de decreto legislativo será discutido inicialmente em turno único. A matéria somente será submetida

a um segundo turno se, nesta votação, alcançar o *quorum* de três quintos. Caso contrário, a matéria seguirá tramitando tal como um projeto de decreto legislativo equivalente à lei ordinária[10].

Isso posto, o Projeto de Decreto Legislativo – PDC 563/2008 da Comissão Especial foi discutido e votado em "primeiro turno único", sendo aprovado com 418 votos favoráveis e 11 abstenções na sessão extraordinária do dia 13 de maio. Para fins de confirmação da equivalência à emenda constitucional, a matéria foi à discussão e votação em segundo turno, respeitado o interstício de cinco sessões, de acordo com o rito de discussão e votação das propostas de emenda à Constituição[11], sendo aprovada com 353 votos favoráveis e 04 abstenções na sessão extraordinária do dia 28 de maio. Em seguida, o projeto foi encaminhado à apreciação do Senado Federal.

Recebido o projeto de decreto legislativo no Senado Federal sob o nº 90/2008, a Presidência faz a seguinte comunicação ao Plenário no dia 10 de junho de 2008:

> "(...) o Projeto de Decreto Legislativo de nº 90, de 2008, que acaba de ser lido, por tratar de Convenção Internacional sobre direitos humanos, prevista no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, terá dois turnos de tramitação, dependendo para sua aprovação do voto favorável de três quintos da composição da Casa.
>
> A proposição obedecerá, ainda, o interstício regimental, entre o primeiro e o segundo turno de tramitação, previsto no artigo 362 do Regimento Interno[12].
>
> A matéria vai à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, onde, nos termos do art. 376, III, do Regimento Interno[13], terá o prazo de cinco dias úteis para o recebimento de emendas, findo o qual a referida Comissão terá quinze dias úteis, prorrogáveis por igual período, para opinar sobre a proposição."

Ainda no mesmo mês de junho, na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional foi designado como Relator o Senador Eduardo Azeredo que opinou favoravelmente ao projeto, sendo este parecer aprovado pela Comissão.

Após a leitura do referido parecer em Plenário, a matéria foi pautada para a sessão deliberativa ordinária do dia 02 de julho seguinte para discussão em primeiro turno. Nesta data, é lido e aprovado o requerimento de líderes nº 854/2008, solicitando a dispensa do interstício regimental entre o primeiro e o segundo turno. Em seguida, passou-se à discussão e votação.

O projeto foi aprovado em primeiro turno com 59 votos favoráveis e 1 abstenção[14] e, em segundo turno, com 56 votos favoráveis, ato contínuo, o Decreto Legislativo nº 90/2008, promulgado pelo Presidente do Senado Federal, seguiu para publicação[15], encaminhando-se ademais os ofícios nºs. 950 a 952, respectivamente, à Ministra Chefe da Casa Civil, ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados e ao Ministro das Relações Exteriores informando-lhes acerca da promulgação do Decreto Legislativo em referência para as providências de sua competência.

Como é sabido, a promulgação e a publicação do Decreto Legislativo nº 186/2008 expressam a aprovação do texto da Convenção e de seu Protocolo Facultativo pelo Congresso Nacional, todavia, não exaurem o processo de ratificação. O depósito formal foi feito em 1º de agosto, junto ao Secretário Geral das Nações Unidas. Posteriormente, ainda será necessário, segundo a prática do Ministério das Relações Exteriores, a promulgação do Decreto Presidencial que dá executoriedade e publicidade ao ato internacional ratificado.

Portanto, há que se fazer a distinção entre a entrada em vigor da Convenção e de seu Protocolo Facultativo no plano internacional e no plano interno brasileiro.

No âmbito da Organização das Nações Unidas, a vigência internacional ocorreu em maio de 2008, isto é, após trinta dias da data do vigésimo depósito do instrumento de adesão, realizado em 04 de abril de 2008 pela República do Equador, nos termos do artigo 45.1 da própria Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

No caso do Brasil, que depositou seu instrumento de adesão após a entrada em vigor internacional da citada Convenção, os efeitos das obrigações internacionais assumidas somente foram produzidos após trinta dias da data do depósito do instrumento de adesão junto ao Secretário Geral das Nações Unidas[16].

Atente-se ainda que o Presidente da República deverá providenciar a promulgação do respectivo decreto para dar executoriedade e publicidade a este ato internacional. Caso contrário, haverá uma situação jurídica esdrúxula: o Brasil estará internacionalmente obrigado, mas, internamente, a Convenção poderá ser impedida de produzir efeitos por aqueles que defendem a necessidade deste ato presidencial formal.

1.3 A VERIFICAÇÃO DA VALIDADE PRÁTICA E JURÍDICA DO NOVO PROCEDIMENTO DO PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO APLICADO À APROVAÇÃO DO DECRETO LEGISLATIVO Nº 186/2008

Em primeira análise, é forçoso reconhecer que o objeto normativo resultante do processo de aprovação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo não é uma emenda constitucional, mas, sim, um decreto legislativo discutido e votado em dois turnos, com *quorum* qualificado de três quintos, equivalente ao processo de discussão e votação de uma proposta de emenda à Constituição, tal como determina o novo parágrafo 3º do artigo 5º em exame.

Note-se que, durante a tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto de Decreto Legislativo (PDC nº 562/2008) foi lançado para votação em turno único e somente se alcançasse o *quorum* qualificado de três quintos iria a segundo turno para confirmar a equivalência à emenda constitucional. Isto significa dizer, em outras palavras, que caso este projeto fosse rejeitado ele não seria simplesmente arquivado com as conseqüências do parágrafo 5º do artigo 60[17], posto que seguiria tramitando com o rito regular dos decretos legislativos em geral.

Por conseguinte, se malograsse a votação qualificada, o *status* reconhecido a este importantíssimo ato internacional seria o de lei ordinária, consoante já deixou claro a Presidência da Câmara ao negar seguimento ao Projeto de Decreto Legislativo PDC nº 1595/2005 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e mais outros três semelhantes[18], propostos pelo Deputado Dimas Ramalho[19] visando conferir *status* equivalente ao de emenda constitucional a importantes Convenções ratificada pelo Brasil antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, fazendo-os tramitar segundo o rito do novo parágrafo 3º do artigo 5º, *in verbis*:

> "Devolva-se ao autor, por evidente inconstitucionalidade (RICD art. 137, § 1º, II, b). Pretende alterar a natureza jurídica de normas decorrentes de tratado multilateral assinado e ratificado pelo Presidente da República, na condição de Chefe do Estado brasileiro, após autorização do Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 27/1992, já internalizadas no ordenamento jurídico pátrio mediante Decreto Executivo nº 678/1992, com status de Lei Ordinária, tudo na mais estrita conformidade com o regime constitucional vigente antes da promulgação e publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004. A nova regra constitucional que permite a atribuição de caráter de Emenda Constitucional aos tratados sobre direitos humanos (CF art. 5º, §3º.) somente se aplica aos acordos internacionais cuja ratificação pelo Presidente da República ainda não foi autorizada pelo Congresso Nacional e cujas normas ainda não ingressaram no ordenamento jurídico pátrio"[20].

É oportuno ressaltar, ainda no que tange ao *quorum* de votação, que a leitura das atas das sessões deliberativas nas duas Casas do Congresso Nacional evidencia um fato reportado diariamente pela imprensa: não foi tarefa singela obter mais de 308 votos dos Deputados Federais e mais de 49 votos dos Senadores, em dois turnos, favoráveis à proposição em estudo.

Ademais, outros argumentos fortalecem o entendimento inicialmente exposto no sentido de que o resultado da aplicação do novo parágrafo 3º do artigo 5º não é uma emenda constitucional: primeiramente, devido às Comissões constituídas para o exame da matéria. Em segundo lugar porque a promulgação não foi realizada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Finalmente, porque a norma resultante não recebeu um número de ordem para ser apensa ao texto da Constituição Federal.

Outro aspecto importante que se sobressai no estudo do processo de aprovação do Decreto Legislativo nº 186/2008 é a flexibilização imposta ao rito do novo parágrafo 3º do artigo 5º nas duas Casas. Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Decreto Legislativo foi aprovado com o rito de urgência e no Senado Federal, foi suprimido o interstício entre o primeiro e o segundo turno, sendo a matéria decidida no mesmo dia 02 de julho. Diante disso, é inevitável questionar a serventia do agravamento do rito para aprovação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, visto que o açodamento, a pressão política e a falta de reflexão profunda sobre o impacto das graves obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, inclusive do ponto de vista econômico, são patentes no presente caso.[21]

Portanto, infere-se, como já mencionado, que a questão é meramente formal e nesse sentido é válido transcrever a seguinte passagem do voto separado do Juiz A. A. Cançado Trindade no Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil:

> "(...) os triunfalistas da recente inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, reféns de um direito formalista e esquecidos do Direito material, não parecem se dar conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado como a Convenção Americana ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato e diretamente, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna, - ou, ainda menos, de *interna corporis*, - são simples *fatos* do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do prisma jurídico-internacional e da responsabilidade internacional do Estado, inteiramente irrelevantes."[22]

Tanto assim é que, nos termos da própria Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sua posição hierárquica no ordenamento jurídico dos Estados Partes é totalmente irrelevante, pois, estabelece em seu artigo 4.4 o princípio segundo o qual se aplica a norma mais favorável à proteção da pessoa humana, *in verbis*:

"Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de quaisquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau."

Sob essa perspectiva que privilegia a matéria em detrimento da forma, não há como justificar por que a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 198/2001, teria menor validade jurídica que a Convenção em tela.

Nesse mesmo diapasão, tampouco é juridicamente compreensível por que o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Demais Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 483/2006, não seguiu o rito do então recém promulgado parágrafo 3º do artigo 5º, já que aquele foi discutido e votado no Congresso Nacional nos anos de 2005 e 2006.

2. O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO EXAME DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Em 23 de novembro de 1995, o Supremo Tribunal Federal retomou a discussão sobre a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento pátrio. Na verdade, nesta ocasião, confirmou-se o posicionamento já adotado, nos idos de 1977, no Recurso Extraordinário nº 80.004/SE.

Trata-se do Habeas Corpus nº 72.131-1/RJ que consolidou, perante a Corte Suprema, a paridade normativa entre leis ordinárias e tratados internacionais, mesmo que esses últimos versem sobre direitos humanos[23]. O *habeas corpus* em tela trazia em seu bojo a aparente antinomia existente entre o art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal e o art. 7º, parágrafo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos. A discussão travada confrontava a normativa constitucional brasileira, que permite a prisão civil do depositário infiel, e o art. 7º, parágrafo 7º da Convenção Americana que permite tão somente a prisão civil do alimentante inadimplente por razões inescusáveis.

No julgamento do referido *habeas corpus*, notadamente no voto do Min. Moreira Alves[24], é feita uma referência, ainda que implícita, à necessidade de aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos com o rito de emenda, para que só a partir dessa formalidade processual tais tratados viessem a ter força constitucional.

Constate-se desde já que, a partir do supramencionado voto, a pressão política, referida na introdução deste trabalho, exercida pela Corte Suprema brasileira para que fosse reformado o texto da Constituição tornou-se explícita, como se pode predizer logo na ementa dos Recursos Extraordinários nº 253.071-9/GO e nº 307.571-3/MG, também sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, *in litteris*:

> "É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram no ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, isso porque não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional." [25]

2.2 DAS MUDANÇAS NA COMPOSIÇÃO DA CORTE MAIOR BRASILEIRA E DO FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

De meados de 2003 aos dias atuais, a composição do Supremo Tribunal Federal foi amplamente modificada conforme pode ser observado na tabela seguinte:

A partir da análise da tabela *supra* será demonstrado que, ao tratar da questão da posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos, cerca de uma década depois do julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.131-1/RJ operou-se na Corte Maior brasileira o fenômeno conhecido como mutação constitucional, que nos dizeres de Uadi Bulos, representa o elemento dinâmico das Constituições rígidas e estabelece o

> "redimensionamento da realidade normativa, onde as constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar-se, um refazer-se de soluções, que, muitas vezes não promanam de reformas constitucionais."[27]

Consoante o referido autor, a mutação constitucional transforma o texto constitucional sem, contudo, alterar uma letra sequer do texto original. Trata-se de um meio difuso e dinâmico de modificação das Constituições, obra do poder constituinte difuso, e pode surgir da construção jurisprudencial. Ainda na lição de Uadi Bulos, o poder constituinte difuso consiste em um

> "componente necessário para as mudanças informais das constituições, as quais, diferentemente do processo formal de alteração, não se revestem em moldes, limites expressos ou requisitos específicos, arrolados pelo legislador constituinte." [28]

Particularmente, o Min. Celso de Mello, atual decano da Corte Suprema, indicado pelo então presidente José Sarney, modificou substancialmente seu posicionamento: do voto como relator no Recurso Extraordinário nº 254.544-9/GO ao voto-vista no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.

No primeiro recurso extraordinário mencionado, o Min. Celso de Mello manifestou-se no sentido de que:

> "(...) A ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.

Tabela 1 - Alterações mais recentes na Composição do Supremo[26]

Nome do Ministro	Indicação Presidencial	Posse	Antecessor
Carlos Alberto **Menezes Direito**	Luiz Inácio Lula da Silva	05 set. 07	Sepúlveda Pertence
Carmen Lúcia Antunes Rocha	Luiz Inácio Lula da Silva	21 jun. 06	Nelson Jobim
Enrique **Ricardo Lewandowski**	Luiz Inácio Lula da Silva	16 mar. 06	Carlos Velloso
Eros Roberto **Grau**	Luiz Inácio Lula da Silva	30 jun. 04	Maurício Corrêa
Joaquim Benedito **Barbosa** Gomes	Luiz Inácio Lula da Silva	25 jun. 03	Moreira Alves
Carlos Ayres **Britto**	Luiz Inácio Lula da Silva	25 jun. 03	Ilmar Galvão
Antonio **Cezar Peluso**	Luiz Inácio Lula da Silva	25 jun. 03	Sydney Sanches
Gilmar Ferreira **Mendes**	Fernando Henrique Cardoso	20 jun. 02	Néri da Silveira
Ellen Gracie Northfleet	Fernando Henrique Cardoso	14 dez. 00	Octavio Gallotti
Marco Aurélio Mendes de Farias Mello	Fernando Collor	13 jun. 90	Carlos Madeira
José **Celso de Mello** Filho	José Sarney	17 ago. 89	Rafael Mayer

> Não me parece, por isso mesmo – especialmente se considerada a advertência feita pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ 164/214, ítem n.4) – que o Estado brasileiro deva ter inibida a prerrogativa constitucional de legislar sobre prisão civil, sob o fundamento de que o Pacto de Soa José da Costa Rica teria pré-excluído, em sede constitucional, a possibilidade de disciplinação desse mesmo tema pelo Congresso Nacional. É que, no caso em exame, não se pode perder de perspectiva a relevantíssima circunstância de que existe expressa autorização constitucional, inscrita no texto da Constituição brasileira, permitindo ao legislador comum a instituição da prisão civil precisamente na hipótese de infidelidade depositária.
>
> Diversa seria a situação se a Constituição do Brasil – à semelhança do que hoje estabelece a Constituição Argentina de 1854, no texto emendado pela reforma de 1994 (art. 75, n. 22) [29] – houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos.
>
> Tal, porém, como já enfatizado, não ocorre no sistema do direito positivo vigente no Brasil.
>
> A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais (ADI 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello), portanto, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, b), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado, que considera inválida a convenção internacional que se oponha, ou restrinja o conteúdo eficacial, ou, ainda, que importe em alteração da Lei Fundamental (...)"[30].

Em posicionamento mais recente, segundo o voto proferido no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP sinaliza com a tese do "bloco de constitucionalidade", conforme será analisado na subseção seguinte.

2.3 DA MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP foi iniciado em 2006, tendo sido designado como relator o Min. Cezar Peluso. Apesar de votarem pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel (alienação fiduciária), os Min. Cezar Peluso, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, *a priori*, não trataram diretamente da questão da posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Em seguida, o Min. Celso de Mello proferiu histórico voto, que trouxe novamente à tona a questão referente à definição do *status* dos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos.

Ademais, o Min. Celso de Mello, que já há algum tempo traz em seus votos a tese do chamado "bloco de constitucionalidade"[31], inovou ao julgar o RE nº 466.343/SP, RE nº 349.073/RS, HC nº 87.585/TO e o HC nº 92.566/SP, já que aperfeiçoou seu entendimento acerca do tema – além de ter avançado mais que o Min. Gilmar Mendes, que em seu voto no RE nº 466.343/SP reconheceu que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal[32] – e, pela primeira vez, conferiu *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos.

Neste diapasão, é imprescindível citar as três situações distintas relativas aos supracitados tratados que foram elencadas pelo douto Ministro, referindo-se às lições de Celso Lafer, *verbis*:

> "(...) 1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em **momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição;**
>
> 2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em **data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o 'iter' procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição);**
>
> 3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) **entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade,** que é 'a somatória daquilo que se adiciona à Constituição

escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados') " [33] (grifos nossos).

Ainda se manifesta o Min. Celso de Mello no sentido de que

> "a cláusula geral que veda a prisão civil por dívidas poderia sofrer mutações, decorrentes da atividade desenvolvida pelo próprio legislador, através de formulações adotadas em sede de convenções ou tratados internacionais, ou ditados por juízes e tribunais no processo de interpretação da constituição e de todo o complexo normativo nela fundado, salientando, nessa parte, o papel de fundamental importância que a interpretação judicial desempenha, notadamente na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos da sociedade contemporânea." [34]

Por fim, posiciona-se o Ministro pela supremacia da Constituição Federal sobre todos os tratados internacionais, inclusive os que versam sobre Direitos Humanos. Contudo, no caso destes últimos, desde que tais tratados impliquem em "supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pela própria Constituição." [35]

Diante do exposto, resta a dúvida em relação ao posicionamento do Min. Celso de Mello quanto ao tratamento mais agravado que ele confere aos tratados internacionais de direitos humanos que vierem a ser ratificados após a EC 45/2004, pois a defesa da tese do "bloco de constitucionalidade", em que os tratados internacionais de direitos humanos integram materialmente a Constituição não é compatível com a exigência do processo formal previsto no parágrafo 3º do art. 5º, visando a conferir a esses tratados equivalência à emenda constitucional.

Após o voto do Min. Celso de Mello, o Min. Menezes Direito pediu vistas dos autos, suspendendo o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP[36].

Em outros julgados do Supremo Tribunal Federal, os Min. Marco Aurélio e Gilmar Mendes adotaram a tese de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

O voto do Min. Marco Aurélio no *Habeas Corpus* nº 87.585/TO, de sua relatoria, defende que

> "a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, conduziria à inexistência de balizas visando à eficácia do previsto no art. 5º, LXVII, da CF, dispositivo este não auto-aplicável, porquanto dependente de regulamentação, por texto legal, acerca dessa prisão, inclusive quanto ao seu período. Concluiu, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel." [37]

Por sua vez, o Min. Gilmar Mendes em voto-vista no Recurso Extraordinário nº 349.703/RS, de rel. do Min. Ilmar Galvão, acompanhou o voto do relator para negar provimento ao recurso

> "acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel."[38]

Ainda referindo-se ao posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, é premente mencionar alguns de seus argumentos esposados no julgamento da Medida Cautelar do Habeas Corpus nº 90.751/SC, de sua relatoria, que, mais uma vez, consolidam o fenômeno da mutação constitucional na Corte Suprema brasileira. Vejamos:

> "(...) Considerando que as legislações mais avançadas em direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil, decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente, é forçoso ponderar se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, a tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais, há muito adotada por esta Corte, não haveria de ser revisitada." [39]

Diante da relevância da matéria julgada, foi reconhecida a repercussão geral do tema da prisão

civil por dívidas do depositário infiel no julgamento do RE nº 562.051-4/MT, de rel. do Min. Cezar Peluso publicado em 12 de setembro de 2008.

Em análise última, na sessão do dia 3 de dezembro de 2008, concluindo o julgamento do RE nº 466.343/SP, do RE nº 349.073/RS, do HC nº 87.585/TO e do HC nº 92.566/SP, a Corte finalmente superou o antigo entendimento, e reconheceu a impossibilidade da prisão civil por dívida do depositário infiel, porém esposando teses diferentes, a saber: (i) tese da supralegalidade – Ministros Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Marco Aurélio e Menezes Direito; (ii) tese do "bloco de constitucionalidade" – Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.[40]

Assim sendo, o único alicerce para a teimosa defesa do status de lei ordinária para estes tratados parece finalmente iniciar a caminhada rumo ao precipício.

CONCLUSÃO

O presente estudo tratou como tema central das perplexidades decorrentes da validade e aplicabilidade do novo parágrafo 3º do artigo 5º inserido no texto Magno pela Emenda Constitucional nº 45/2004, instituindo, a partir de então, um modelo janicéfalo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Com esta infeliz inovação trazida pelo legislador da Reforma do Poder Judiciário, buscou-se demonstrar ao longo desta pesquisa a persistência de um difícil diálogo entre o Direito Constitucional brasileiro e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mesmo após seis décadas de consolidação do movimento de internacionalização da proteção dos direitos humanos e duas décadas de vigência da *Constituição cidadã*.

Para tanto, inicialmente foi examinado o processo de aprovação do Decreto Legislativo nº 186/2008 pelo Congresso Nacional segundo o rito determinado pelo supracitado parágrafo, visando conferir à Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e ao seu Protocolo Facultativo equivalência à Emenda Constitucional.

Em seguida, evidenciou-se o processo de mutação constitucional sofrido pela tese majoritária do Supremo Tribunal Federal que até o advento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP sustentava a paridade normativa entre os tratados internacionais, qualquer que fosse a sua natureza, com as leis ordinárias.[41]

Do exposto nas referidas seções da presente pesquisa, verifica-se, em análise última, que o parágrafo 3º do artigo 5º ainda que vigente é inválido e, portanto, inconstitucional.

Primeiramente porque, tomando-se como parâmetro o texto constitucional originário da parte final do parágrafo 2º do mesmo artigo, não há que se falar em procedimento mais gravoso para a inclusão no catálogo de direitos e garantias fundamentais dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Note-se, nesse sentido, que os dispositivos referentes ao processo constitucional de incorporação de tratados, quais sejam, artigo 49, I e artigo 84, VIII, não fazem qualquer distinção quanto à natureza do tratado a ser incorporado, sendo o referendo congressual realizado na forma de decreto legislativo.

Nem mesmo o artigo 60 da Constituição que trata do processo legislativo de emendas previu a necessidade da equivalência do rito adotado no seu parágrafo 2º para incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos.

Ainda no que tange à norma do artigo 60, seu parágrafo 4º veda a propositura de emendas que tendam a abolir direitos e garantias fundamentais. Ora, se o parágrafo 3º do artigo 5º prevê um rito mais agravado para incorporação de tratados que versam sobe direitos humanos, significa que tal rito tende a abolir aqueles tratados que anteriormente seriam admitidos como materialmente constitucionais na forma do parágrafo 2º. Ademais, dito procedimento gravoso dificulta a inserção de novos tratados sobre direitos humanos no futuro, os quais, se não tiverem sua aprovação segundo os obstáculos procedimentais, ficarão sujeitos às inconstâncias da legislação ordinária.

Por fim, embora o presente estudo pretenda demonstrar a inconstitucionalidade do lamentável parágrafo 3º do artigo 5º não se pode omitir sua incompatibilidade com os tratados que pugnam pela aplicabilidade de seus textos no direito interno como exemplifica a Convenção Americana em seus artigos 1.1, 2 e 29, fazendo o Brasil, no futuro, sujeitar-se à responsabilização internacional pela violação destas obrigações.[42]

Diante dos argumentos *supra* enumerados resta demonstrada a patente inconstitucionalidade material do parágrafo 3º do artigo 5º.[43], desafiando a construção de uma solução jurídica para pôr fim ao imbróglio vigente.

Uma primeira possibilidade que se apresenta é a supressão do novo parágrafo 3º, retornando o

texto constitucional à sua versão originária. Não obstante, ser a solução juridicamente adequada é, sem dúvida, nos dias de hoje, politicamente inviável, visto as recentes manifestações do Congresso Nacional favoráveis ao indigitado parágrafo[44].

Outra possibilidade seria o avanço da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir das bases interpretativas constantes do voto do Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP que, por meio de mutação constitucional, já reconhece a natureza materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro até a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Entretanto, nos votos dos demais Ministros da Corte Excelsa ainda não consta este fundamento, apesar de já sinalizar a ilegalidade da prisão civil do depositário infiel, tornando-se remota a chance de aplicação do Princípio da norma mais favorável à proteção do ser humano.

Diante das dificuldades de concretização das possibilidades acima apresentadas, urge em curto prazo, promover a reforma dos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para que, ao menos, seja contida a discricionariedade do Poder Legislativo sobre a decisão de conceder ou não equivalência à emenda constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos e, ao mesmo tempo, seja disciplinado objetivamente este procedimento em cada Casa.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *International Law for Humankind: Towards a new jus gentium*. Hague Academy of International Law. Collected Courses. v. 317, 2005.

BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*. PDC nº 1595/2005, 03.05.2005. p. 15831 COL 01.

_____. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus nº 72.131-1/RJ*, rel. Min. Marco Aurélio, rel. para o Acórdão Min. Moreira Alves. D.J. 01.08.2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 90.751 MC/SC*, rel. Min. Gilmar Mendes. D.J. 26.03.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 87.585/TO*, rel. Min. Marco Aurélio. D.J. 01.04.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 258 (ADIn: Bloco de Constitucionalidade (Transcrições)), rel. Min Celso de Mello, 18.2.2002 (ADIn 595/ES) D.J. 26.2.2002

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 449 (Alienação Fiduciária e Depositário Infiel), rel. Min. Cezar Peluso, 22.11.2006 (RE 466343)

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 498* (Alienação Fiduciária e Depositário Infiel), rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008. (RE 466343)

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 254.544-9/GO*. Rel. Min. Celso de Mello. D.J. 26.05.2000.

_____. Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário nº 253.071-9/GO*. Rel. Min. Moreira Alves. D.J. 29.06.2001.

_____. Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário nº 307.571-3/MG*. Rel. Min. Moreira Alves. D.J. 08.03.2002.

CORTEIDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006. Série C n. 150. Voto Separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

GOMES, Luiz Flávio. *Conflito entre a Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1734, 31 mar. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11100>. Acesso em: 13 ago. 2008.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *A Proteção Constitucional dos Direitos Humanos*: "é preciso imaginar Sísifo feliz." *In*: *Revista Via Legis*, 2007, ns. 55/56.

_____. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos*. *In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, ano 7, vol. 7, número 7 – 2006/2007.

NOTAS

1. CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos:* Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 03 e ss.
2. CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 363.
3. Cfr. CANÇADO TRINADE, A. A. *International Law for Humankind: Towards a new jus gentium*. Hague Academy of International Law. Collected Courses. v. 317, 2005.
4. Referência às duas faces da figura mitológica romana de Jano.
5. O debate é antigo e remonta ao RE 80.004/SE, de 1º de junho de 1977. Desta feita, a definição do valor dos tratados internacionais vem sendo recorrentemente discutida no STF, tendo sido firmada a jurisprudência no sentido de paridade normativa entre os tratados internacionais, ainda que versem sobre direitos humanos e as leis ordinárias, embasada na suposta identidade entre os *quoruns* de votação por maioria simples durante os processos legislativos para a aprovação destas duas espécies normativas totalmente distintas até o voto do Ministro Gilmar Mendes nos RE 466.343/SP e 349.703/RS, que firmou o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem valor supralegal, sendo esta a primeira sinalização de que o STF iniciaria um processo de gradativa mutação constitucional, conforme esmiuçaremos em momento oportuno.
6. Cfr. LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *A Proteção Constitucional dos Direitos Humanos*: *"é preciso imaginar Sísifo feliz." In*: *Revista Via Legis*., 2007, n. 56. p. 17 e LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pp. 213 e ss.
7. LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *A Proteção Constitucional dos Direitos Humanos*: *"é preciso imaginar Sísifo feliz." In*: *Revista Via Legis*., 2007, n. 56. p.16, *verbis*:

   "(...) Cumpre registrar a obscuridade que envolve o normativo em apreço. Encoberto por uma massa de discussões sobre temas completamente discrepantes, **não há registro de uma linha sequer de debate a respeito deste parágrafo 3º** que veio dar nova feição ao modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais. Trata-se, portanto, de um dispositivo praticamente clandestino no texto da Reforma do Poder Judiciário (...) Diante deste fato, após cautelosa reflexão e com fundamento nos dados coletados, **transparece que o mencionado dispositivo (...) decorre da influência do entendimento jurisprudencial até então consolidado nas teses majoritárias do Supremo Tribunal Federal**." (grifos nossos)

   Cfr. ainda LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 213-221

   Por fim, no voto do Min. Celso de Mello no HC nº 87.585/TO, de 12 de março de 2008, ficou esclarecido que: "(...) Quando Presidente do Supremo Tribunal Federal (1997/1999), tive a honra de ver acolhida, pela eminente Deputada Zulaiê Cobra, então Relatora da Comissão Especial da Reforma do Poder Judiciário, em Substitutivo que ofereceu à PEC nº 96/92, proposta que sugeri àquela Comissão da Câmara dos Deputados, no sentido de conferir qualificação jurídico-constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, objetivando, com tal sugestão, superar a polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno do alcance do § 2º do artigo 5º da Constituição.(...)"
8. CORTEIDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006. Série C n. 150. Voto Separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Par. 30.
9. A saber: Desenvolvimento Urbano; Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado; Viação e Transportes; Turismo e Desporto; Educação e Cultura; Trabalho; Administração e Serviço Público; Relações Exteriores e de Defesa Nacional; Direitos Humanos e Minorias; Seguridade Social e Família, e Constituição, Justiça e Cidadania.
10. Questões de ordem propostas pelos Deputados Otávio Leite, Antônio Carlos Magalhães Neto, José Carlos Aleluia e João Almeida.
11. Cfr. artigo 202 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.
12. Nos termos do referido artigo, que é aplicado ao trâmite das propostas de emenda à Constituição, "o interstício entre o primeiro e o segundo turno será de no mínimo, cinco dias úteis."

13. O artigo 376 regulamenta o trâmite do projeto de decreto legislativo referente a atos internacionais.

14. O Senador João Ribeiro solicitou a correção em ata do seu voto de "abstenção" para "sim."

15. Diário Oficial da União e Diário do Senado Federal, de 10/7/2008.

16. Artigo 45.2 da Convenção.

17. "A matéria constante de projeto de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa."

18. Quais sejam: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (PDC nº 1596), a Convenção sobre os Direitos da Mulher (PDC nº 1597) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PDC nº 1598).

19. O Deputado Federal Dimas Ramalho, atualmente licenciado, apresentou recurso contra a decisão de indeferimento dos projetos de decreto legislativo. Porém, com o encerramento da legislatura os requerimentos em questão foram arquivados. Confira a tramitação em www.camara.gov.br> Projetos de Lei e outras proposições.

20. BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, PDC nº 1595/2005, 03/05/2005. p. 15831 COL 01.

21. Com turno único ou com dois turnos, com *quorum* simples ou qualificado, a realidade é que os tratados e convenções internacionais sempre foram matérias estranhas ao Congresso Nacional.

22. CORTEIDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006. Série C n. 150. Voto Separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Par. 34.

23. É imperioso evidenciar que, a priori, o STF sequer diferenciava os tratados internacionais dos tratados internacionais de direitos humanos, vez que o parâmetro para o posicionamento advindo com o HC 72.131-1/RJ remonta ao RE 80.004/SE – que versa sobre a controvérsia entre a Lei Uniforme de Genebra sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória e o Decreto-Lei nº 427/69.

24. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus nº 72.131-1/RJ*, rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão Min. Moreira Alves. D.J. 01.08.2003.

25. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário nº 253.071-9/GO*. Rel. Min. Moreira Alves. D.J. 29.06.2001 e BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário nº 307.571-3/MG*. Rel. Min. Moreira Alves. D.J. 08.03.2002.

26. Dados obtidos a partir do site www.stf.gov.br > Sobre o STF > Ministros > Linha Sucessória > Tabela.

27. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 53 e p. 69.

28. Ob. cit. p. 53/54.

29. Ressalte-se que a mencionada reforma, originariamente baseada no parágrafo 2º do artigo 5º da constituição brasileira, resultou no estabelecimento de um rol fechado de tratados internacionais protegidos pela paridade hierárquica com normas constitucionais fundamentais, o que foi considerado um retrocesso em relação ao citado dispositivo brasileiro.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 254.544-9/GO*. Rel. Min. Celso de Mello. D.J. 26.05.2000.

31. Cfr. Informativo STF nº 258 (ADIn: Bloco de Constitucionalidade (Transcrições)) – ADIn 595/ES.

"(...) É por tal motivo que os tratadistas - consoante observa JORGE XIFRA HERAS ('Curso de Derecho Constitucional', p. 43) -, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global."

32. Cfr. Informativo STF nº 449 (Alienação Fiduciária e Depositário Infiel – 1 e 2) – RE 466343/SP

"(...) os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo

Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel."

33. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso. Data do julgamento 03.12.2008.
34. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 498* (Alienação Fiduciária e Depositário Infiel – 6), rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008. (RE 466343). Veja também subseção 2.2 anterior.
35. Op. cit.
36. Op. cit.
37. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87.585/TO, rel. Min. Marco Aurélio. D.J. 01.04.2008.
38. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 449 (Alienação Fiduciária e Depositário Infiel – 3), rel. Min. Ilmar Galvão, 22.11.2000. (RE 349073)
39. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 90.751 MC/SC, rel. Min. Gilmar Mendes. D.J., 26.03.2007.
40. Ausente justificadamente o Min. Joaquim Barbosa.
41. Tampouco as teses minoritárias até então existentes sabiam precisar ao certo a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, vide os votos dos Min. Carlos Velloso e Marco Aurélio no julgamento do HC 81319/GO, de relatoria do Min. Celso de Mello.
42. CORTEIDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006. Série C n. 150. Voto Separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Par. 31.
43. Acerca da inconstitucionalidade formal do parágrafo 3º do artigo 5º, vide nota nº 7.
44. No entanto, o procedimento utilizado para aprovação da primeira Convenção com equivalência à Emenda Constitucional foi, conforme exposto na Seção 1, totalmente desvirtuado desde a composição das Comissões especiais, tramitação em rito de urgência até a supressão dos interstícios entre o primeiro e segundo turno da votação no Senado Federal.

O REGIME JURÍDICO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E SUA PROJEÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: O PAPEL INTERNACIONAL DAS JURISDIÇÕES NACIONAIS[1]

Vinícius Fox D. Cançado Trindade
Bacharelando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB); Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) em Direito Internacional Público; Intercambista Conveniado na Universidade de Utrecht, Holanda.

Para compreender bem quais são os princípios naturais da sociedade é necessário vê-los de mais alto. O primeiro abrange todo o gênero humano: é o comércio da razão e da palavra. (...) Depois dessa primeira, que é universal, que é o gênero humano, vem a sociedade dos que formam um só povo e falam a mesma língua. (...) Outro círculo mais fechado é o dos que habitam a mesma cidade. (...) Por fim, os laços de sangue são os mais próximos.

Marco Túlio Cícero

I. INTRODUÇÃO

Falar em Direito Internacional é assumir a existência de uma comunidade internacional[2]. Afinal, a ideia de Direito é reger as relações de sujeitos que, juntos, vivem sobre um espaço comum – para alguns, com o objetivo de manter a ordem; para outros, a justiça. Como afirmou Cícero, a relação entre sociedade e espaço depende do referencial do observador: a cada patamar poderá ser percebido um certo nível de coesão social que varia de intensidade. Assim, vendo de perto, é bem verdade que só vamos enxergar os nossos conterrâneos mineiros; um pouco além, no entanto, percebemos que temos algo em comum com pernambucanos, cariocas, gaúchos e todos que habitam o nosso país. Seguindo essa lógica até a sua última conseqüência, vamos chegar à inevitável conclusão: restritos à vida em conjunto na superfície da Terra, seguimos perdidos na vastidão do universo, fadados a compartilhar o destino comum de vulnerabilidade às mesmas ameaças letais (atômica, ecológica, sanitária, química). Felizmente, como bem ponderou Edgar Morin, "onde cresce o perigo também cresce a salvação."[3]

Portanto, onde há Direito Internacional, necessariamente haverá comunidade internacional – para alguns, composta apenas de Estados, para outros, também de organizações internacionais e indivíduos. Isso nos remete a um importante ponto, qual seja, a existência de uma consciência social internacional. Cresce, paulatinamente, um sentimento global de que pertencemos a uma única comunidade internacional – a *kosmopolitês*. De fato, tanto é assim que se tornou frequente a repercussão dos efeitos de um fenômeno social pontual pelo mundo inteiro. Como afirmou sabiamente Stefan Zweig, "a Humanidade, porém, quanto mais conquista a Terra, mais intimamente se liga entre si."[4]

Com efeito, é possível perceber, atualmente, que certos fatos sociais têm alcance verdadeiramente global, isto é, em toda a extensão da comunidade internacional. Dentre esses fatos sociais globais está o Direito Internacional. Ter consciência de tais fatos e, ainda, ser afetado de alguma forma por estes, é ter consciência de integrar uma comunidade internacional.

Sendo assim, é natural que a consciência social internacional nos aponte sentimentos de responsabilidade compartilhada, pois aí reside o núcleo de qualquer sistema jurídico que pretende reger uma sociedade. Como afirmamos, onde há Direito, há comunidade e, por conseguinte, direitos e deveres comuns. Nessa perspectiva, o ilustre internacionalista Pierre-Marie Dupuy afirmou, certa vez, que o Direito da Responsabilidade constitui o verdadeiro epicentro de um sistema jurídico, pois fornece as conexões lógicas de interdependência entre a natureza dos direitos, a estrutura das obrigações e a definição das sanções.[5]

Havendo responsabilidade compartilhada, nada mais lógico que tenham se desenvolvido, no decorrer dos anos, manifestações em prol de obrigações internacionais *erga omnes* e de normas de *jus cogens*. Assim, o caso Barcelona Traction, julgado pela Corte Internacional de Justiça, concluiu que o mero desrespeito de obrigações *erga omnes* – ainda que não se gere um dano direto – causa dano *per se* a todos os Estados.

No mesmo sentido, com o advento das duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados – e o seu artigo comum 53 –, instaurou-se uma verticalização na ordem jurídica internacional. Com efeito, a consagração das normas de *jus cogens* no direito dos tratados demonstrou haver valores hierarquicamente superiores na comunidade internacional: a simples incompatibilidade com tais valores é capaz de provocar a nulidade de um tratado.

Portanto, havendo obrigações *erga omnes* e valores jurídicos superiores (*jus cogens*), é necessário que se monte mecanismos de implementação dos direitos correlatos a tais obrigações e de observância a tais valores. Aí entra o papel dos Estados e, em particular, das jurisdições internas. No tópico 2 será analisado o papel internacional delegado aos juízes internos pelos tratados de direitos humanos.

Ademais, investigaremos, com o auxílio da obra de Cassese, a inserção histórica das Constituições nacionais na comunidade internacional. Nesse ponto, estudaremos a interessante correlação entre democracia e abertura ao Direito Internacional, isto é, a interdependência entre processo de democratização e esforços para fortalecer o Direito Internacional por meio da sua proteção, reconhecimento e aplicação no âmbito interno. Tudo isso, veremos, acaba por promover o *rule of law* internacional – e, atualmente, não se pode imaginar em democracia sem *rule of law*.

Resta, daí, a questão: as jurisdições internas têm acompanhado esses processos de internacionalização e inserção constitucionais na comunidade internacional? No presente artigo, analisaremos tão-somente o caso do Brasil no que diz respeito aos tratados de direitos humanos. Quais foram as posturas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal (doravante "STF") no tocante à proteção internacional do ser humano? Ainda, tem o STF decidido questões de Direito Internacional dos Direito Humanos segundo as normas e jurisprudência internacionais?

O campo estará aberto, então, às nossas conclusões.

II. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS E TEÓRICOS PARA A COOPERAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO

Embora somente poucos possam dar origem a uma política, somos todos capazes de julgá-la.

Péricles de Atenas

O internacionalista soviético Kozhevnikov afirmou, certa vez, no periódico *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, que não há vários direitos internacionais, mas um único direito universal que vincula todos os Estados, em contraposição a diversas *políticas* desenvolvidas em relação a essa matéria[6]. De fato, o Direito Internacional é um sistema unitário, bem como os seus diferentes ramos, em particular, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nesse contexto, é bem verdade que o mundo se divide entre países monistas e dualistas; alguns conferem caráter constitucional às normas internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno, ao passo que outros optam pelo *status* supralegal, isto é, acima das leis ordinárias mas abaixo da Constituição. De forma similar, há certos Estados que atribuem a natureza *self-executing* aos tratados de direitos humanos, enquanto os demais escolhem por bem o regime jurídico *non-self-executing*. Ademais, é possível encontrar divergência no que diz respeito à recepção e incorporação do direito internacional convencional ao ordenamento jurídico interno: tais normas entram em exercício a partir de sua ratificação ou após a promulgação do Decreto? Cada Estado tem a sua própria resposta para essas questões.

É possível, portanto, encontrar variações no modo como os diversos sistemas jurídicos internos encaram a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Contudo, muitas dessas variações não passam de resultados de escolhas políticas – muitas vezes repletas de ideologias. Com efeito, frente ao Direito Internacional, tais escolhas possuem mero caráter factual, uma vez que as regras jurídicas internacionais fazem parte de um sistema unitário e independente. Em outras palavras, "ao Direito Internacional apenas interessa que o Estado não viole qualquer das obrigações pactuadas."[7]

Há de se ter em mente que o Direito Internacional é um sistema jurídico autônomo, composto por um corpo normativo verificável e unificado[8]; sua validade, portanto, nunca dependerá de reconhecimento por parte das Constituições nacionais. Não há possibilidade alguma de regulação do regime jurídico das normas internacionais por parte das Constituições, o que é, em verdade, uma conseqüência lógica do princípio do *rule of law* no plano internacional. Por conseguinte, a plena autonomia das Constituições para regular assuntos de Direito Internacional só pode residir na questão do *status* hierárquico de normas internacionais nos ordenamentos jurídicos internos – e, nunca, em questões relativas a obrigações e direitos internacionais.[9] A prova disso é que os

tratados continuarão a produzir seus efeitos mesmo quando modificada a Constituição do Estado.

Assim, do ponto de vista de um tribunal internacional, pouco importa o tema da incorporação de normas internacionais no Direito Interno; caso seja constatada a violação de uma obrigação internacional de um Estado em razão de dispositivos legais internos, estará configurado o ato internacionalmente ilícito. Daí o motivo pelo qual afirmamos que, à luz do Direito Internacional, as normas de Direito Interno sempre terão caráter meramente factual. Essa tese foi consagrada no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados e, posteriormente, em diversos tratados de direitos humanos.

Portanto, uma vez que o ato de incorporação não possui um caráter internacionalmente jurídico – mas meramente factual –, pode-se concluir que há pontos de tangência entre as ordens jurídicas nacional e internacional, ao contrário do que professava a tese dualista. Em outras palavras, se a validade das normas internacionais não depende de atos de recepção ou transformação por parte do Direito Interno, conclui-se que o Direito Interno e o Direito Internacional integram um único sistema normativo.

Essa conclusão nos remete a uma das ideias centrais do presente texto, a saber:

> "A ideia de unidade do Direito, portanto, impede não somente a separação do Direito Internacional e do Direito Interno, como também estimula as possibilidades de interação a fim de oferecer às instituições as melhores ferramentas para dirimir os mais diferentes tipos de conflito."[10]

A partir daí, chega-se ao cerne da questão: as jurisdições internas podem se valer das normas internacionais de direitos humanos como fontes diretas de direito. Isso ocorre porque o Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como o Direito Internacional Penal, institui direitos e obrigações imediatos.

1. A abertura das Constituições modernas ao Direito Internacional no decorrer dos últimos séculos

Durante a Guerra Fria, em 1985, Antonio Cassese proferiu um famoso curso na Academia de Direito Internacional de Haia, intitulado *Modern Constitutions and International Law*. Nessa obra, o eminente jusinternacionalista italiano examinou a evolução histórica das Constituições modernas sob a ótica do Direito Internacional e dividiu-a em quatro fases[11]. Essa divisão tem uma razão de ser: as transições entre cada fase são marcadas por grandes crises ou revoluções que provocaram impactos nas relações internacionais. Senão vejamos detalhadamente.

No primeiro período, de 1787 até a I Guerra Mundial, houve as Revoluções Americana e Francesa, das quais se resultaram a Constituição Norte-Americana, que exigia dos juízes internos a observância das normas internacionais convencionais[12], e a Constituição Francesa de 1791, que bania a guerra de conquista[13]. É bem verdade que esses casos representam aberturas moderadas ao Direito Internacional; não obstante, devem ser vistas antes de tudo "como o grande estopim a fim de constitucionalizar matérias atinentes às relações exteriores."[14]

Na segunda etapa, após a crise instaurada pela I Guerra Mundial e o surgimento da URSS, adotou-se a democrática Constituição de Weimar, que determinava ser o direito internacional consuetudinário parte do direito interno alemão. Nesse momento, outras Constituições seguiram tal processo de internacionalização, como, por exemplo, a Espanhola, que proclamou a superioridade hierárquica do Direito Internacional sobre leis ordinárias, e a Austríaca, que adotou dispositivo semelhante ao da Constituição de Weimar.

A terceira fase, iniciada depois da crise mundial causada pela II Guerra Mundial, assistiu à abertura de diversos textos constitucionais, principalmente os das três potências derrotadas no maior conflito armado da história. A Constituição da República Federal Alemã de 1949 e a Constituição Italiana de 1947 determinaram que o direito internacional costumeiro integrava o seu respectivo direito interno; a Japonesa, por sua vez, além de prever implicitamente o *status supralegal* do direito internacional convencional e geral, renunciou para sempre à guerra. Nesse sentido, a Constituição Francesa de 1946 também proclamara – um ano antes – o *status supralegal* dos tratados na ordem jurídica interna. Cabe ressaltar que nessa fase algumas Constituições de Estados latino-americanos também se internacionalizaram, ainda que de forma bem mais moderada.

Por fim, o quarto período foi caracterizado pelo início da Guerra Fria e a independência de quase todas as colônias europeias. A maioria desses novos Estados adotou uma atitude prudente frente à comunidade internacional. Tornou-se comum fazer referência nas Constituições nacionais a vários dispositivos internacionais, como a Carta das Nações Unidas, Declaração Universal de Di-

reitos Humanos e princípios do Direito Internacional.[15] Todavia, em razão da desconfiança que os países em desenvolvimento fomentavam para com a comunidade internacional, poucos textos constitucionais chegaram a regular expressamente o *status* hierárquico das normas internacionais convencionais ou costumeiras.

A partir desse exame histórico, Cassese concluiu que há forte interação entre os processos de democratização e de abertura constitucional ao Direito Internacional. Em cada virada de fase, é possível perceber o crescimento de uma demanda por democracia a nível internacional[16]. De fato, foram nesses momentos de transição que o Direito Internacional sofreu grandes mudanças, sendo algumas delas a criação de organizações internacionais e a consagração de novos princípios de Direito Internacional.

Cabe mencionar, ainda, que estudos posteriores à teoria de Cassese indicam o início de uma quinta fase no processo de internacionalização do Direito Constitucional[17]. Trata-se do novo constitucionalismo dos antigos Estados socialistas, surgido a partir do fim da Guerra Fria, que gerou, inclusive, uma abertura à internacionalização da proteção dos Direitos Humanos no Leste Europeu. A maioria desses países incluiu referências expressas ao Direito Internacional em suas Constituições[18], e alguns chegaram até mesmo a consagrar o *status supralegal* dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno, como é o caso da Armênia, Bulgária, Estônia, Cazaquistão, Tadjiquistão e Rússia.

Para os fins do presente artigo, será aprofundado o exame a respeito da interação entre processo de democratização e abertura constitucional ao Direito Internacional – particularmente, *vis-à-vis* o Direito Internacional dos Direitos Humanos –, interação esta que pretende consagrar o *rule of law* em nível internacional.

2. A abertura das Constituições modernas à proteção internacional dos Direitos Humanos

Do processo histórico tratado por esse capítulo, há um ponto essencial a ser observado a fim de se compreender o *Leitmotiv* do movimento internacional dos direitos humanos: foram sobretudo as mazelas das revoluções, guerras e crises aludidas acima, e a impotência do Direito Interno frente a estas, que acabaram por propagar esperanças no Direito Internacional como instrumento de garantia da não-repetição de tanta desordem e sofrimento. Daí decorre o fato narrado no seguinte trecho: "(...) after each World War of the present century there was a wave of effort to include in national constitutions provisions whereby the law of nations would be made a part of municipal law."[19]

Para ilustrar a esperança depositada nas normas internacionais durante o pós-guerra, optamos por um excerto de uma das obras de Hannah Arendt, escrita em 1963, na qual a filósofa demonstra o seu temor pelos efeitos maléficos da incontingência humana: "Se o genocídio é uma possibilidade real do futuro, então nenhum povo da Terra (...) pode se sentir razoavelmente seguro quanto à continuação de sua existência sem a ajuda e a proteção da lei internacional."[20]

Foi assim, portanto, que se iniciou um forte movimento para levar ao âmbito do Direito Internacional a tutela dos direito humanos, movimento este que teve como marco inicial a Declaração Universal sobre Direitos Humanos, de 1948[21]. A partir desse ano, desencadeou-se um processo de generalização da proteção do ser humano em nível internacional; foram adotadas convenções gerais de direitos humanos, como os dois Pactos das Nações Unidas e as três regionais (Europeia, Americana e Africana), e convenções setoriais, voltadas a aspectos especiais da proteção do ser humano (genocídio, discriminação racial, discriminação contra a mulher, tortura etc.). Sendo assim, alguns autores identificam esse momento como a fase legislativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos.[22]

Em 1968, foi realizada, em Teerã, a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, destinada a realizar uma avaliação global dos sistemas de proteção internacional dos Direitos Humanos. O resultado desse encontro mundial de delegações de diversos Estados foi a adoção da famosa Proclamação de Viena sobre Direitos Humanos. Foi, no entanto, a II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, que estabeleceu as relações entre os Direitos Humanos e Democracia – corroborando, pois, a tese de Cassese.

Nessa ocasião, acordou-se que há interdependência entre democracia e direitos humanos. Diversas delegações declararam que, se por um lado a democracia é condição *sine qua non* para o gozo pleno e efetivo de todos os direitos humanos, por outro é o exercício destes que promove o fortalecimento democrático das instituições[23]. Ademais, a Declaração e Programa de Ação de Viena – que apresenta os fundamentos e princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, avaliações da experiência acumulada do sistema internacional de

proteção e um programa de metas a serem atingidas pelos Estados – dispõe em seu artigo 8º:

> "A democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente. A democracia se baseia na vontade livremente expressa pelo povo de determinar seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e em sua plena participação em todos os aspectos de sua vida. Nesse contexto, a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em nível nacional e internacional, devem ser universais e incondicionais. A comunidade internacional deve apoiar o fortalecimentos e a promoção da democracia e o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais no mundo inteiro."[24]

A nosso juízo, o dispositivo supramencionado é logicamente correto. Consideramos que a interdependência entre democracia e direitos humanos pode ser constatada a partir de um exercício dedutivo, desde que partindo da seguinte premissa: se "(...) só a democracia fornece um arcabouço institucional que permite a reforma sem violência e, assim, o uso da razão nos assuntos políticos,"[25] então, por conseguinte, apenas nesse ambiente será possível ocorrer mudanças no *status quo* sem que haja violações de direitos fundamentais ou, pelo menos, sem que estas permaneçam impunes. Por outro lado, são esses mesmos direitos e liberdades que garantem a participação popular na política, permitindo, assim, o funcionamento e desenvolvimento internos do regime democrático.

Ressalte-se, ainda, o caráter simbólico da Conferência de Viena, que contou com a participação de 171 Estados, 95 organizações internacionais e 841 organizações não-governamentais. De fato, é a Declaração de Viena o documento mais abrangente adotado consensualmente pela comunidade internacional em matéria de Direitos Humanos. Por isso, alguns autores consideram que essa Declaração foi a responsável por conferir caráter efetivamente universal ao direitos definidos nos documentos internacionais anteriores, superando, assim, a tese do relativismo cultural e religioso dos direitos humanos.[26]

A Declaração de Viena, no entanto, não se limitou a fazer referências apenas a princípios e fundamentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos; pelo contrário, ela foi enfática ao buscar metas para tornar mais efetiva a proteção internacional. Nesse contexto, adotou-se artigo referente à urgência da incorporação da normativa internacional ao Direito Interno dos Estados.[27] De fato, essa abordagem paralela entre os instrumentos internacionais de Direitos Humanos e o Direito Interno tem gerado um novo constitucionalismo aberto à internacionalização da proteção do ser humano. Impõe-se, a partir dessa recente – e inevitável - tendência, a seguinte conclusão:

> "Já não mais se justifica que o direito internacional e o direito constitucional continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como o foram no passado. Já não pode haver dúvida de que as grandes transformações internas dos Estados repercutem no plano internacional, e a nova realidade neste assim formada provoca mudanças na evolução interna e no ordenamento constitucional dos Estados afetados."[28]

Com efeito, a crescente exigência internacional de padrões mínimos para a salvaguarda da dignidade humana tem implicado significativas limitações da soberania estatal, principalmente no que tange às norma de *jus cogens*. Veja-se, por exemplo, que a tese sobre o domínio reservado dos Estados tornou-se insustentável na seara dos direitos humanos, uma vez que o recurso abusivo ao conceito de soberania não pode encobrir violações[29]. Nesse aspecto, o sistema internacional de proteção é a tutela internacional dos direitos humanos sob o ponto de vista da Humanidade. Assim sendo, não há espaço para interesses da soberania nacional em um tema revestido de tal caráter global. Na verdade, o conceito tradicional de soberania há muito deixou de ser compatível com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

3. A abertura da Constituição de 1988 ao Direito Internacional dos Direitos Humanos

A Constituição Federal de 1988 prevê, no art. 5º, § 2º, uma cláusula aberta para a inclusão de outros direitos e garantias decorrentes dos tratados ratificados pelo Brasil no rol de direitos fundamentais. De acordo com o § 1º do aludido artigo, esses direitos têm aplicabilidade imediata. Não cabe, portanto, a tese dos *non-self-executing treaties* em relação aos tratados de Direitos Humanos no direito brasileiro, a não ser quando os próprios tratados determinam esse caráter *non-self-executing* de maneira clara.

Com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, foi inserido no ordenamento o § 3º, art. 5º, que restringiu o antigo alcance do referido § 2º, pois condicionou o *status* constitucional dos tratados

de Direitos Humanos a rito semelhante ao do decreto legislativo de uma emenda constitucional (votação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos).

III. A PROMOÇÃO DO *RULE OF LAW* NO DIREITO INTERNACIONAL E AS JURISDIÇÕES INTERNAS

> (...) o contrário é convergente e dos divergentes nasce a mais bela harmonia, e tudo segundo a discórdia.
>
> Heráclito de Éfeso

O tema concernente ao *rule of law* na comunidade internacional tem sido incessantemente debatido desde o início do século XX. Se, na década de 1920, a grande discussão recaía sobre a prevalência do Direito Internacional sobre o Interno ou vice-versa, hoje muito se discute o papel dos juízes nacionais na implementação das regras internacionais. Assim, o cerne do debate tem se trasladado paulatinamente para a questão da interação e cooperação entre o Direito Internacional e os diversos Direitos Internos, deixando de lado, pois, a antiga dicotomia entre monistas e dualistas.

Os tribunais internos revestem-se de papel decisivo na promoção do *rule of law* na comunidade internacional ao observar o cumprimento das obrigações internacionais contraídas por seus Estados. De forma complementar, os tribunais internacionais são indispensáveis na determinação da responsabilidade internacional dos Estados por atos internacionalmente ilícitos. O avanço do Estado de Direito na comunidade depende, portanto, de uma relação complementar entre Justiça Interna e Internacional: a primeira, ao possuir caráter essencialmente preventivo *vis-à-vis* a responsabilidade internacional, deve observar o cumprimento e prevenir a violação de obrigações internacionalmente adquiridas por parte das autoridades nacionais; a segunda deve determinar tal responsabilidade, ordenar a cessão dos atos internacionalmente ilícitos e apontar as reparações devidas.

Nesse contexto, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 15 de janeiro de 2009, a Resolução 63/128, denominada "*The rule of law at national and international levels*." Por meio desse documento, reafirmou-se a interdependência entre democracia, *rule of law* – em âmbito internacional e nacional – e proteção dos direitos humanos, de modo que "(...) o avanço do *rule of law* nos níveis nacional e internacional é essencial para (...) a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais."[30]

1. O papel internacional dos juízes internos

A recente expansão da Justiça Internacional e a multiplicação de tribunais internacionais representam, além da expansão do *rule of law* no Direito Internacional[31], o crescimento da importância dos juízes – nacionais e internacionais – no exercício de interpretação das normas internacionais, isto é, na determinação do conteúdo, existência e validade das obrigações internacionais. De fato, os juízes internacionais têm exercido um importante papel no desenvolvimento do direito internacional geral e na formação da *opinio juris.* Aos juízes nacionais, por sua vez, também está reservado um importante papel na aplicação direta do Direito Internacional; estes estão sendo chamados cada vez mais a interpretar normas internacionais, o que tem provocado claros impactos no desenvolvimento do direito internacional consuetudinário, como, por exemplo, no tema dos privilégios e imunidades.[32]

Na verdade, essa exigência – cada vez maior – da participação dos juízes internos em questões internacionais já era prevista nos escritos de Georges Scelle. Com efeito, Scelle ensinava que, se o Direito for observado a partir do seu aspecto dinâmico, verse-á que as ordens jurídicas internas e a internacional sempre tendem a se juntar. Esse fenômeno decorre do fato de as autoridades nacionais serem investidas de uma dupla função, a saber: um papel nacional, quando atuam dentro da esfera normativa estatal; um papel internacional, quando tais autoridades nacionais agem na ordem jurídica internacional, regulando-a e transformado-a.[33] Scelle chamou este fenômeno de *loi du dédoublement fonctionnel,* o que corresponderia no vernáculo a *lei do desdobramento* ou *duplicação funcional.*

Atualmente, o referido duplo papel – nacional e internacional – desempenhado pelos juízes internos pode ser observado em diversas áreas do Direito Internacional Público. Há, por exemplo, no âmbito do Direito Internacional Penal, a recente construção do conceito de jurisdição universal, que confere ao juiz interno competência para julgar crimes internacionais, independente da nacionalidade do autor e da vítima, bem como do local onde ocorreu o crime. A efetividade de outros ramos do Direito Internacional também requer a atuação do juiz interno, como a questão

de asilo político, extradição, refúgio, privilégios e imunidades, dentre outros.

2. As obrigações judiciais dos Estados Partes decorrentes do regime jurídico especial dos tratados de direitos humanos

Na seara da proteção internacional dos direitos humanos, a importância do papel dos juízes internos é essencial – e, talvez, ainda mais evidente. A regra do esgotamento dos recursos internos é uma prova da interação necessária entre Direito Internacional e Direito Interno no contexto da salvaguarda dos direitos humanos.

Os recursos internos formam parte do aparato nacional-internacional de proteção, visando a remediar e reparar os danos causados às vítimas, bem como a investigar e punir os responsáveis pelas violações. Sem dúvida, a implementação e a observância dos direitos humanos consagrados em tratados internacionais passarão sempre em primeira instância pelos tribunais internos – daí a noção de "esgotar-se os recursos internos." Portanto, independentemente da questão do *status* hierárquico que os tratados de direitos humanos possuem no Direito Interno, é por meio das autoridades nacionais – em especial, os juízes – que se dará a tutela desses direitos.

Dessa regra processual de Direito Internacional, é possível extrair uma valiosa conclusão: o dever dos indivíduos de esgotar os recursos internos antes de procurar a tutela da Justiça Internacional gera, logicamente, o dever do Estado de garantir recursos eficazes, com vistas a cumprir com as suas obrigações convencionais. É por isso que, a partir do momento em que o Estado falha em oferecer aos cidadãos recursos eficazes, é possível pleitear a sua responsabilização internacional sem nenhum óbice processual. O que é central, portanto, não é o *esgotamento* dos recursos internos, mas a sua disponibilidade e eficácia[34].

Essa é uma das formas com que o Direito Internacional confia aos juízes internos a observância dos tratados internacionais de Direitos Humanos. Outra maneira é por meio das *cláusulas de implementação* comuns a vários tratados[35], as quais impõem aos Estados Partes o dever de modificar a sua legislação interna, com vistas à harmonizá-la com as obrigações convencionais. Trata-se, sem dúvida, de um corolário do artigo 27 das duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados. Esse artigo, que já é considerado norma costumeira, impõe que "uma parte não pode invocar as disposições de seu Direito Interno para justificar o descumprimento de um tratado."

Vale ressaltar, ademais, que vários tratados de Direitos Humanos têm um artigo comum que atribui funções gerais de proteção ao Direito Interno dos Estados, ao obrigar os Estados Partes a *respeitarem* e *assegurarem* a aplicação dos direitos consagrados[36]. É assim, por exemplo, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção sobre os Direitos da Criança e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No caso da Convenção Americana, trata-se do artigo 1(1), que obriga os Estados Membros a terem uma postura negativa (respeitar) e também positiva (assegurar) frente aos direitos internacionalmente consagrados[37]. Portanto, o papel internacional dos juízes internos ganha novamente relevância quando um Estado promulga leis incompatíveis com as obrigações convencionais de proteção.

Aliás, no sistema interamericano, essa dimensão do papel de proteção dos juízes internos tem sido reafirmada pela recente evolução jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como já assinalado, as obrigações convencionais de proteção abarcam todo e qualquer ato ou omissão do Estado Parte, seja de órgãos ou agentes do Poder Executivo, seja do Legislativo ou do Judiciário. Daí, quando um Estado ratifica, por exemplo, a Convenção Americana, seus juízes também passam a se submeter a esse instrumento, tornando-se obrigados a velar por sua efetividade (*effet utile*). Diante disso, a Corte Interamericana tem entendido que os juízes internos devem exercer *ex officio* um *controle de convencionalidade* entre as normas internas e a Convenção Americana – respeitando-se, é claro, suas competências.[38]

Em suma, há de se tomar o Direito Interno (legislação e órgãos do Poder Judiciário) como elemento integrante do próprio sistema de proteção internacional dos Direitos Humanos. "O sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos (...) tem caráter complementar e subsidiário. A responsabilidade primeira permanece com os Estados."[39]

3. A Resolução de 1993 do *Institut de Droit international: "L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat"*

O Instituto de Direito Internacional (doravante "IDI"), fundado em 1873, é uma instituição

independente, formada por acadêmicos, que se reúnem bienalmente para realizar estudos acerca da implementação, desenvolvimento e progresso do Direito Internacional. Em 1993, essa instituição propôs respostas práticas para uma das questões fundamentais do presente artigo, a saber: quais regras e métodos os juízes internos devem observar a fim de se aplicar corretamente as regras de Direito Internacional no seio de cada Estado?

Já no primeiro artigo da resolução em epígrafe, o IDI propõe que os juízes internos apliquem em plena liberdade as normas de Direito Internacional e interpretem-nas de acordo com os métodos hermenêuticos seguidos e desenvolvidos pelos tribunais internacionais. Em outros termos, as normas de Direito Internacional devem ser interpretadas tal como uma jurisdição internacional o faria.

Aqui, cabe uma breve observação: ao afirmar que os juízes internos devem ter plena liberdade para aplicar normas internacionais, subentende-se que eles são independentes também para aplicar o direito internacional consuetudinário. Nesse sentido, a fim de se evitar uma possível responsabilização internacional do Estado por violação do direito internacional consuetudinário, os tribunais internos poderiam revisar algumas condutas do Executivo. Poderiam, ademais, aplicar um tratado de caráter consuetudinário, mesmo que este não tenha sido ratificado pelo Estado. De fato, a participação das jurisdições internas no processo de desenvolvimento do Direito Internacional Consuetudinário tem sido fundamental para a matéria[40] e ainda possui um grande potencial inexplorado. Basta lembrar que os direitos internacionalmente consagrados são primeiramente invocados perante a jurisdição interna, pois à jurisdição interna foi confiada a proteção primária dos direitos humanos. Todavia, esse tema foge dos limites do presente artigo.

No artigo 5º, o IDI recomenda que as jurisdições internas tenham total independência para constatar a existência, modificação ou extinção de um tratado. Nesse sentido, o juiz interno deve se recusar a aplicar tratados que, a seu ver, são inválidos frente a outras normas do Direito Internacional, mesmo que o Estado não os tenha denunciado. Assim, o IDI reforça a ideia de que os tribunais internos, por estarem aplicando normas internacionais, não devem fazer prevalecer interesses nacionais sobre o ideal de Justiça Internacional.

Para fins ilustrativos, veja o caso *Bufano et al.*, decidido pela Corte Federal da Suíça, no qual esta deixou de aplicar um tratado bilateral de extradição entre Suíça e Argentina por considerá-lo em conflito com normas de *jus cogens* (em particular, com a proibição da tortura) e com o artigo 3º da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.[41] A Corte Federal da Suíça não se baseou em dispositivos jurídicos internos para determinar a não-aplicação do tratado, mas em normas do próprio Direito Internacional.

IV. A ABERTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA AO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Os conceitos jurídicos do Direito Internacional utilizados nas relações inter-estatais devem ser adequados quando aplicados na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois serão utilizados na relação entre dois entes desiguais, a saber, o homem e o Estado. Por esse motivo, os tratados de direitos humanos acabaram por provocar grandes transformações no Direito dos Tratados e deram origem ao que alguns chamaram de *the new International Constitutional Law.*[42]

Com efeito, até o início do século XX, a maioria dos tratados era bilateral e regulamentava interesses recíprocos entre as Partes. Todavia, com o advento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, foi introduzido um novo gênero de tratados que passou a proclamar interesses superiores comuns à comunidade internacional – e não mais interesses particulares dos Estados Partes. Quanto à carga obrigacional, os tratados de direitos humanos criaram obrigações para os Estados Partes em relação aos indivíduos sob suas respectivas jurisdições. Assim sendo, a essência do regime de proteção instituído por esses tratados reside na contraposição entre indivíduos demandantes – isto é, aqueles que tiveram seus direitos violados – e Estados demandados.

Os tratados de direitos humanos possuem, portanto, um caráter verdadeiramente universal, tendo como a sua *raison d'être* a própria consagração de seu objeto e propósito[43]. Daí a razão pela qual se concede a tais tratados um regime jurídico especial, tal como demonstrado por Alexandre Kiss:

> "(...) expressing an important aspect of common interest of mankind, **human rights treaties constitute a specific category of international treaties** and must be handled with as such, taking into account the interpretation the most favourable to individuals in the framework they established."[44]

Esses tratados não podem ser interpretados sob a ótica de concessões recíprocas entre os Es-

tados Partes, mas sim na busca comum de proteção dos direitos do ser humano. Portanto, diante das particularidades supramencionadas, é correto afirmar que as obrigações consagradas em tratados de direitos humanos têm caráter objetivo e sentido autônomo *vis-à-vis* o direito interno dos Estados. Por esse motivo, os órgãos de proteção internacional têm orientado a aplicação do método teleológico de interpretação na aplicação de um tratado de direitos humanos, objetivando a realização máxima de seu objeto e propósito, qual seja, a proteção do ser humano.[45] Esse é o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência internacionais.

No plano interno, vê-se que a jurisprudência do STF caminhou por muito tempo em sentido contrário ao da prática internacional, pois defendeu a paridade normativa entre as leis ordinárias e os tratados, sejam estes de direitos humanos ou não. Foi apenas no ano passado (2008) que o STF "reconheceu" a importância intrínseca dos tratados de direitos humanos ao conferir-lhes um *status* especial – embora ainda não especial o suficiente. Vejamos, pois, sob uma perspectiva histórica, a evolução jurisprudencial do STF em matéria de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

1. A Constituição de 1988 e o *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se, por longo tempo, favoravelmente à tese da primazia dos tratados internacionais sobre o direito interno infraconstitucional. De fato, os julgamentos das Apelações Cíveis nº 9.587, de 1951, e 7.872, de 1943, são alguns exemplos do respaldo dado pelo Tribunal a essa tese. Na época, o então Ministro Philadelpho Azevedo – que posteriormente foi eleito juiz da CIJ – já advertia que "(...) um país não pode modificar o tratado sem o acordo dos demais contratantes"[46]; trata-se, pois, da regra de imodificabilidade unilateral dos tratados, que é nada mais que um corolário da norma fundamental *pacta sunt servanda.* Sendo assim, a postura do Judiciário brasileiro caminhava naturalmente em direção a uma abertura do sistema jurídico interno ao internacional. Essa abertura, na verdade, já era uma tendência mundial da época, conforme demonstramos acima.

Todavia, o referido entendimento jurisprudencial foi completamente abandonado no julgamento do RE 80.004, em 1977. A partir de então, o STF passou a entender que um ato normativo internacional poderia ser modificado por lei nacional posterior, conforme a regra geral *lex posterior derrogat priori*. Consagrou-se, assim, o posicionamento favorável à paridade normativa entre leis ordinárias e tratados, que se baseava "(...) na suposta identidade entre os *quorums* de votação por maioria simples durante os processos legislativos para a aprovação destas duas espécies normativas totalmente distintas."[47]

Os tratados internacionais foram colocados, assim, no mesmo patamar hierárquico das leis ordinárias. A nosso juízo, não é coincidência que, em 1977, durante o governo Médici – ou seja, em plena ditadura militar –, tenha-se substituído a remota postura do STF de abertura ao Direito Internacional por um monismo nacionalista fechado.

Mas esse fechamento ao Direito Internacional não ocorreu apenas no Brasil; governos autoritários como os do Paraguai, Argentina, Chile e, posteriormente, Peru, também se isolaram dentro do seu respectivo Direito Interno. Quando muito, estes Estados ratificavam alguns tratados de direitos humanos mas não lhes davam efetividade no plano interno. Exemplo disso é o Chile, que ratificou o Pacto de Direitos Civis e Políticos, em 1972, mas deixou de publicá-lo por vários anos no Diário Oficial – por esse motivo, o governo chileno sustentou que o Pacto não valia internamente.

Diante dos fatos aludidos, é relevante relembrar antiga tese de Kelsen, segundo a qual regimes que seguem ideologias subjetivista-imperialistas tendem a optar pela primazia do Direito Interno, ao passo que os que acreditam em ideologias objetivista-pacifistas declarar-se-ão, em geral, a favor da primazia do Direito Internacional.[48] Muitos criticam essa tese por ser demasiadamente simplista, mas acreditamos ser possível encaixá-la perfeitamente no contexto das ditaduras e regimes autoritários do século XX.

Em 1995, já sob a égide da Constituição de 1988 e pouco depois do processo de redemocratização, o STF voltou a deliberar sobre a matéria no HC 72.131. Na ocasião, o STF indeferiu *habeas corpus* por considerar constitucional a prisão civil do depositário infiel em contratos de alienação fiduciária em garantia. Ocorre, contudo, que a prisão por dívida é expressamente proibida pelo artigo 7º (7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – salvo em caso de inadimplemento de obrigação alimentar –, ratificada pelo Brasil em 1992. Tal incompatibilidade foi suscitada durante as deliberações, mas o STF reafirmou novamente o *status* legal dos tratados – esvaziando, assim, o

effet utile da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O precedente aberto pelo HC 72.131 representou grave violação da própria Convenção Americana, por força do seu artigo 2º, que imputa aos Estados Partes a obrigação de harmonizar a sua legislação interna com os direitos e garantias previstos nesse tratado. O descumprimento da referida obrigação internacional pelo Poder Judiciário foi um ato internacionalmente ilícito e, por essa razão, a responsabilidade internacional do Estado brasileiro poderia muito bem ter sido declarada por algum órgão internacional. Com efeito, é possível identificar uma série de casos similares na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos quais Estados foram responsabilizados por não introduzir em seu Direito Interno as modificações necessárias para assegurar a execução das obrigações assumidas internacionalmente, a saber: *Garrido y Baigorria v. Argentina* (1998); *Castillo Petruzzi y otros v. Perú* (1999); caso "*La Última Tentación de Cristo*" (2001); caso "*Barrios Altos*" (2001); caso "*La Cantuta*" (2001); *Almonacid Arellano y otros v. Chile* (2006)[49].

Posteriormente, no famoso julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.480, em 4.9.1997, o STF voltou a afirmar a tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais. Esse entendimento foi respaldado, no decorrer de mais de uma década, por diversos julgamentos. Foi apenas com a gradativa mudança da composição do STF que o patente descompasso entre a sua jurisprudência e o Direito Internacional contemporâneo diminuiu – mas ainda assim não se extinguiu por completo.

A ruptura jurisprudencial só ocorreu recentemente, em 3.12.2008, quando o STF arquivou o RE 349.703 e negou provimento ao RE 466.343, ambos sobre a prisão civil de alienante fiduciário infiel. Firmou-se, nesses casos, o entendimento majoritário a favor da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel – no mesmo sentido foi decidido o HC 87.585. Nessa ocasião, venceu a tese que reconhece o caráter normativo supralegal dos tratados de direitos humanos – mas sem descartar a hipótese do nível constitucional quando observado o artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal. Note-se, todavia, que essa ruptura jurisprudencial só diz respeito aos tratados de direitos humanos.

2. A aplicação dos tratados de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal: principais características e reflexões críticas

Observa-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em matéria de aplicação e hermenêutica dos tratados de direitos humanos, é excessivamente marcada por preocupações formalistas, ademais de compartimentalizada no tocante às relações entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional. A visão enfatiza os processos formais de recepção, ao invés da aplicabilidade direta das normas internacionais no direito interno. A correta interpretação conferida a esses tratados permanece ignorada, causando prejuízo à proteção do ser humano e, ainda, podendo gerar no futuro a responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

Pode-se constatar, por meio dos diversos julgados analisados, que não há aprofundamento de análise dos tratados de direitos humanos por parte do STF. Há, sim, uma tendência de aplicá-los como material subsidiário, completamente apartado do Direito Interno. Dessa forma, a aplicação desses instrumentos tornou-se algo puramente referencial, como se fossem referências politicamente corretas, mas desprovidas de críticas e construções hemenêuticas substanciais.

Não há consultas rotineiras à jurisprudência internacional, e tampouco à prática dos órgãos de supervisão internacional. É um retrocesso lamentável, pois uma alternativa para os tribunais nacionais ampliarem o alcance dos tratados de direitos humanos no plano interno é justamente interpretar tais tratados seguindo os padrões internacionais, além de realizar constantes consultas da jurisprudência e da prática internacionais[50]. De fato, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos surge como uma valiosa fonte de respostas para questões como o problema da compatibilização das normas de direito interno, constitucionais e infraconstitucionais, dos Estados Partes da Convenção Americana.

Nesse sentido, cabe ressaltar a recente decisão do STF no RE 511.961/SP, sobre a exigência do diploma de jornalista, e, em particular, o voto do Ministro Gilmar Mendes, que levou em conta a orientação interpretativa tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em caso similar. Trata-se, certamente, de um caso isolado,

mas esse posicionamento pode ser um indício da tímida abertura do STF ao Direito Internacional.

Cumpre ressaltar que a referida consulta à jurisprudência dos tribunais internacionais já é realizada em diversos países. Veja, por exemplo, o caso da fulminação da lei de anistia na Argentina: depois da publicação da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Barrios Altos v. Perú* (2001), a Argentina promoveu importantes modificações legais em seu ordenamento jurídico. Tais mudanças ocorreram durante a tramitação de um caso de desaparecidos políticos na Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, quando esse tribunal urgiu pela declaração de nulidade das leis 23.492 (lei de ponto final) e 23.521 (lei de obediência devida), com base no precedente do caso de *Barrios Altos v. Peru*. Outro caso paradigmático ocorreu no sistema europeu de proteção. Trata-se do caso *Marckx v. Bélgica* (1979), no qual a Holanda adaptou o seu ordenamento assim que a lei belga sobre filhos nascidos fora do casamento foi declarada incompatível com a Convenção Europeia. Portanto, apesar de as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos terem efeitos *inter partes*, muitos Estados que não são partes do processo têm adotado a prática de adaptar o seu ordenamento para evitar uma eventual responsabilização internacional com base em fatos semelhantes. O Brasil, no entanto, permanece estático em relação a esse ponto.

Por fim, é possível perceber que a maioria dos tratados de direitos humanos aplicados pelo STF trata de direitos civis e políticos – o que não deixa de ser reflexo da tentativa mal-sucedida de compartimentalização dos tratados de direitos civis e políticos e dos de direitos econômicos, sociais e culturais durante a Guerra Fria. Criou-se um mito, nessa época, de que os direitos econômicos, sociais e culturais não poderiam ser vindicáveis, mas meramente programáticos. Infelizmente esse entendimento ainda hoje é corroborado por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras. No plano internacional, no entanto, a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos há muito já foram consagradas e reafirmadas[51]. Sendo assim, os direitos econômicos, sociais e culturais são plenamente vindicáveis no âmbito internacional. Prova disso é que, muito antes da entrada em vigor e invocação do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ("Protocolo de São Salvador"), a Corte Interamericana de Direitos Humanos protegeu esses direitos com base no artigo 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.[52]

V. PRÁTICA INTERNACIONAL: AS REGRAS INTERPRETATIVAS DAS CONVENÇÕES DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS E A ESPECIFICIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

A interpretação dos tratados é guiada pelos artigos 31 a 33 das duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986). Tradicionalmente, a teoria da interpretação dos tratados indica cinco métodos predominantes. O primeiro é o método histórico ou subjetivo, que visa a identificar a intenção real das partes na época da celebração do tratado. O segundo é o método textual ou gramatical, que se limita aos termos originariamente expressos no tratado. O terceiro é o método contextual ou sistemático, que aprecia o significado dos termos em seu contexto mais amplo e recente.[53] O quarto é o método lógico, o qual apresenta uma série de recursos racionais e abstratos para o exercício hermenêutico (e.g. *per analogiam, e contrario* etc.). Por fim, há o método teleológico, que se reveste de grande importância para o Direito Internacional dos Direitos Humanos.[54]

Como já assinalado, por tratar de relações *intraestatais* – e não *interestatais* –, os tratados de direitos humanos possuem regime jurídico próprio, que se reflete em vários aspectos do Direito dos Tratados, como na suspensão ou denúncia de tratados, reservas aos tratados e, principalmente, nas regras de interpretação dos tratados. Os órgãos de supervisão internacional de tratados de direitos humanos, cientes do caráter especial e da natureza objetiva das obrigações contidas em tais tratados, adotaram o método teleológico de interpretação. Dessa forma, confere-se maior ênfase na realização do objeto e propósito dos tratados de direitos humanos, assegurando, portanto, uma proteção mais eficaz dos direitos consagrados.[55]

Ao considerar o objeto e finalidade do tratado durante o exercício hermenêutico, em consonância com a boa fé, é possível garantir a sua efetividade (*effet utile*). Nesse contexto, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sustenta a seguinte orientação: "Quando um tratado estiver aberto a duas interpretações, uma das quais possibilitando ao tratado ter efeitos apropriados e a outra não, a boa fé e o objeto e propósito do tratado requerem que se adote a primeira interpretação."[56]

Um dos recursos amplamente utilizado para descobrir o objeto e finalidade de um tratado é a análise de seus trabalhos preparatórios (*travaux*

préparatoires). Os trabalhos preparatórios incluem todos os documentos relevantes que foram elaborados durante a negociação de um tratado, tais como gravações de discursos feitos pelas delegações das partes, minutas, antigos projetos do tratado etc. No mesmo sentido, reveste-se de grande importância o texto dos preâmbulos dos tratados de direitos humanos, que contêm importantes elementos para a interpretação teleológica desses tratados.[57] Por exemplo, a Convenção Europeia de Direitos Humanos refere-se, em seu preâmbulo, ao propósito de proteção e desenvolvimento dos direitos humanos. Os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas conclamam, também no preâmbulo, o ideal do ser humano livre, no gozo de seus direitos, livre do temor e da miséria.[58]

1. A interpretação evolutiva e uniforme do *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos

O Direito Internacional, como qualquer outro ramo jurídico, é dinâmico, modificando-se na medida em que novos fatos – antes não regulados – surgem. Sendo assim, um determinado tratado deve sempre ser considerado à luz do direito internacional do momento de sua interpretação. A jurisprudência mais recente da Corte Internacional de Justiça reafirma esse entendimento.[56] No plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, esse entendimento permite a conclusão de que a Declaração Americana de Direitos e Deveres (1948), por exemplo, deve ser analisada no momento atual, à luz do que hoje é o sistema interamericano de proteção.[60]

Tão importante quanto a interpretação evolutiva é ter em mente a *interação interpretativa* entre os instrumentos internacionais de proteção, quer gerais, quer especiais; quer globais, quer regionais. Dada a multiplicidade de tratados de direitos humanos, o intérprete deve tomar em consideração, como meios auxiliares de determinação do alcance das obrigações convencionais, outros tratados que estabeleçam regras relativas aos direitos humanos. Dessa forma, é possível assegurar uma interpretação uniforme do Direito Internacional dos Direitos Humanos e conferir maior efetividade à proteção internacional, em benefício último dos seres humanos. Segundo o Professor Cançado Trindade, a interação interpretativa já faz parte da prática internacional:

> "(...) os órgãos de supervisão internacional – tais como os dois tribunais regionais de direitos humanos e os órgãos convencionais estabelecidos pelos tratados de direitos humanos das Nações Unidas, no plano global – têm construído uma jurisprudência convergente quanto à natureza especial dos tratados de direitos humanos e às implicações e conseqüências daí decorrentes. Isto tem se devido em grande parte à identidade predominante do objeto e propósito destes tratados, – fator decisivo na consolidação da autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos."[61]

Por fim, diante da multiplicidade de normas convencionais sobre direitos humanos, todas complementares entre si, há espaço para a aplicação do critério da primazia da norma mais favorável às supostas vítimas (interpretação *pro victima*). Como a finalidade de todo tratado de direitos humanos é a proteção do homem, o que importa é o grau de eficácia da proteção; deve-se aplicar a norma que melhor proteja no caso concreto, seja ela de direito interno ou de direito internacional. O critério da interpretação mais favorável à vítima contribui para reduzir possíveis conflitos de normas e coordenar a interação entre esses instrumentos legais, em dimensão tanto vertical (instrumentos de direito internacional com os de direito interno) quanto horizontal (instrumentos de direito internacional entre si).[62]

2. A importância dos *Comentários Gerais* e *Recomendações Gerais* dos órgãos convencionais de supervisão

A interpretação dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas tem sido guiada em grande parte pelos *comentários gerais* adotados pelos órgãos convencionais de proteção, como o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (referentes, respectivamente, ao Pacto de Direitos Civis e Políticos e ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos das Nações Unidas), dentre outros.[63]

O propósito dos referidos comentários é tornar disponível a experiência dos órgãos convencionais de supervisão aos Estados Partes, de modo a orientá-los sobre os métodos que devem ser usados na implementação das obrigações convencionais. A par de sugestões, os comentários gerais podem chamar atenção a insuficiências na aplicação do tratado. De forma similar – e com igual importância doutrinária –, os órgãos convencionais de supervisão internacional têm adotado *recomendações gerais*, a fim de explicar as obrigações convencionais dos Estados.

Além de não consultar a jurisprudência internacional, nota-se que o STF ignora as orientações

dos órgãos convencionais de supervisão internacional. Isso significa que grande parte da prática internacional permanece despercebida pela nossa Corte Suprema no tocante aos direitos humanos, impedindo que o Brasil avance o seu papel na proteção internacional.

3. Apreciação Crítica

Segundo a doutrina e a jurisprudência internacional,[64] as regras de interpretação das duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (artigos 31 a 33) já integram o Direito Internacional Consuetudinário. Portanto, o Brasil, mesmo que não tenha ratificado as aludidas Convenções, está obrigado a seguir essas regras interpretativas.

Os órgãos internacionais de supervisão têm competência para apreciar sobre a compatibilidade da interpretação e aplicação do Direito Interno com as obrigações convencionais. Assim, uma decisão judicial brasileira que adote uma interpretação incorreta de uma obrigação convencional pode gerar a responsabilização internacional do Brasil.

Portanto, interpretar um tratado de direitos humanos sem levar em conta a prática internacional (jurisprudência, resoluções, comentários e recomendações gerais) pode gerar grandes retrocessos. O exemplo da tortura mostra a significativa importância da jurisprudência internacional para a determinação das obrigações convencionais dos Estados. Com efeito, a definição do crime de tortura encontrada nas Convenções Interamericana e das Nações Unidas contra a Tortura deve o seu conteúdo à construção jurisprudencial da Comissão Europeia de Direitos Humanos, e não à sua tipificação no plano do direito interno.[65] Apreciar o crime da tortura – assim como o do genocídio, terrorismo, *apartheid*, crimes contra a humanidade, dentre outros – sem observar a sua construção jurídica desenvolvida no plano internacional poderá levar o intérprete a conclusões ultrapassadas, insuficientes ou até mesmo retrógradas.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

> *Se a capacidade intelectual é comum a todos, também é comum a Razão, o que nos faz criaturas racionais. Nesse caso, essa Razão comum também nos diz o que fazer e o que não fazer. Nesse caso, o direito também é comum. Nesse caso, somos cidadãos. Nesse caso, somos membros de uma comunidade organizada.*
>
> Marco Aurélio

Ubi societas, ibi jus; falar em Direito Internacional é assumir a existência de uma comunidade internacional. A humanidade tem se unificado cada vez mais e descoberto que a diversidade cultural é fruto de sua própria unidade, isto é, dos traços comuns a todos os homens. Como aponta Edgar Morin, o descobrimento dos mistérios da ciência e do universo é um empreendimento de toda a humanidade, e não apenas dos americanos, soviéticos ou chineses.[66] De forma similar, o movimento dos direitos humanos representa a conquista de uma comunhão de esforços dos membros da comunidade internacional para conter eventuais atos de barbárie. Como reação a estes últimos, e para assegurar a salvaguarda dos direitos inerentes à pessoa humana, emergiu o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que se autoatribuiu um papel complementar, confiando aos juízes internos a proteção primária dos direitos internacionalmente consagrados. O papel internacional do juiz interno tem sido, desde então, de suma importância, carregado também de imensa responsabilidade.

Vistos assim, como órgãos de implementação de disposições internacionais, os tribunais internos passam a se revestir de obrigações que transcendem o seu sistema jurídico interno. Daí a necessidade de uma crescente *cooperação* e *coordenação* entre Direito Interno e Direito Internacional. Nesse contexto, o estudo histórico de Cassese demonstrou a internacionalização das Constituições modernas, quer dizer, a tendência mundial de incorporação de matérias relativas ao Direito Internacional no Direito Interno. Além disso, Cassese verificou que a abertura das Constituições modernas ao sistema internacional está associada a demandas por democracia a nível internacional.

Uma comunidade internacional não pode ser verdadeiramente democrática sem a consagração do *rule of law*, e é inegável que a democracia e o respeito pelos direitos humanos são conceitos interdependentes. Por isso, frisamos mais uma vez a importância dos tribunais internos na promoção do *rule of law* na comunidade internacional. Em geral, os juízes internos revestem-se de grande importância na determinação do direito internacional consuetudinário e do direito internacional convencional – por exemplo, por meio da interpretação dos tratados. Já no tocante ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, estes têm verdadeiros *deveres* derivados de obrigações convencionais. É inegável, assim, que o juiz interno possui um importante papel internacional, fenômeno este que Georges Scelle chamou de *loi du dédoublement fonctionnel* (lei do desdobramento funcional ou duplicação funcional).

A abertura constitucional brasileira ao Direito Internacional é um resultado do nosso re-

cente processo de redemocratização. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 prevê a inclusão de outros direitos e garantias decorrentes dos tratados ratificados pelo Brasil no rol de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º). Ademais, tais direitos têm aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º). Nada mais natural, portanto, que os nossos tribunais apliquem com frequência os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. A aplicação desses tratados deve ocorrer segundo as regras internacionais, definidas em tratados, resoluções, comentários e recomendações gerais de órgãos convencionais de supervisão e jurisprudência de tribunais internacionais. Todavia, não é isso que verificamos no direito brasileiro.

A postura do STF tem ignorado grande parte da jurisprudência e prática internacionais. Sua postura diante do Direito Internacional é ultrapassada, ainda se firmando sobre a antiga dicotomia entre monismo e dualismo e outros formalismos hoje tidos como irrelevantes. Depois da redemocratização do Brasil – e da eventual mudança da composição do STF –, alguns casos isolados têm indicado uma tímida abertura do STF ao Direito Internacional, mas essa abertura ainda é insuficiente segundo o padrão mundial. A verdade é que, até o presente momento, a nossa Corte Suprema contribuiu pouco para o cumprimento das obrigações convencionais do Brasil e para o desenvolvimento e evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos em geral.

A proteção internacional dos direitos humanos não permite o embate entre Direito Interno e Direito Internacional. Se ambos não se complementarem, de fato, como deveriam, a proteção dos direitos permanecerá insuficiente, oferecendo brechas para que violações permaneçam despercebidas, impunes e, com o decorrer do tempo, sejam inevitavelmente esquecidas.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, J.A. Lindgren (1994). Os direitos humanos como tema global. São Paulo: Perspectiva, pp. 1-148.

ARENDT, Hannah (1999). Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, pp. 1-322.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (2003). Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Vol. 1. Porto Alegre: Fabris, pp. 1-640.

_____. (1999). Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol. 2. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, pp. 24-412.

_____. (1978). Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts. *Archiv des Völkerrechts*. Tübingen: J.C.B. Mohr, pp. 333-370.

_____. (2009). Entrevista da Revista dos Estudantes de Direito da UnB com o Prof. Cançado Trindade, realizada em 21 de dezembro de 2008. *Revista dos Estudantes de Direito da UnB,* n.º 8, 2009, pp. 16-57.

CASSESE, Antonio (1985). Modern constitutions and internacional law. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*. La Haye, t. 192, pp. 335-475.

_____. (2005). International Law. New York: Oxford University Press, pp. 198-237.

CONFORTI, Benedetto (2009). Qualche riflessione sul contributo dei giudici internazionali ed interni al diritto internazionale. In: VENTURINI, Gabriella e BARIATTI, Stefania (ed.). *Líber amicorum Fausto Pocar: Diritti Individuali e Giustizia Internazionale*. Milão: Giuffrè Editore, pp. 217-221.

_____. (1997). Enforcing International Human Rights in Domestic Courts. The Hague: Martinus Nijhoff, pp. 3-447.

FOX D. C. TRINDADE, Vinícius (2009). *Per non dimenticare*: uma análise das leis de auto-anistia na evolução jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Fortaleza: Ano 8, Número 8.

_____. Vinícius, PINHEIRO, Milena e MARANHÃO, Laís (2008). Os impactos constitucionais da Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Constituição e Democracia.* Brasília, v. 28, p. 11.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira (2002). Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 1-415.

_____. (2000). "Sê plural como o universo!": a multiplicação dos tribunais internacionais e o problema dos regimes auto-suficientes no Direito Internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo, pp. 7-27.

GIRALDA, Aurélio Pérez (2002). El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Nº 4, pp. 1-23.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (1993). L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat. Sessão de Milão, pp. 1-3.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (1951). Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; Advisory Opinion of May 28th, pp. 17-55.

KELSEN, Hans (2003). A teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, pp. 1-397.

KULSKI, W. W. (1953). Soviet comments on International Law and International Relations. *American Journal of International Law.* Washington. Vol. 47. Nº 1, pp. 125-135.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira (2007). A proteção constitucional dos direitos humanos e o novo parágrafo 3º do artigo 5º: "É preciso imaginar Sísifo feliz." *Via Legis*. Manaus. Nº 55. Ano 11, agosto, pp. 12-17.

MORIN, Edgar (2007). Où va le monde? Paris: L'Herne, pp. 1-108.

POPPER, Karl (1998). A sociedade aberta e seus inimigos. Tomo 1. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, pp. 1-217.

SCELLE, Georges (1933). Règles générales du droit de la paix. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*. La Haye, t. 46, pp. 327-703.

SIMMA, Bruno (1995). The contribution of Alfred Verdross to the theory of international law.

European Journal of International Law. Firenze. Vol. 6. Nº 1, pp. 33-53.

UNITED NATIONS (2009). A/RES/63/128 (The rule of law and international and national level). *United Nations General Assembly Official Records*. New York: United Nations, pp. 1-3.

UNITED NATIONS (1993). World Conference on Human Rights – The Vienna Declaration and Programme of Action, June 1993. New York: United Nations, 1993, pp. 25-71.

VENICE COMMISSION – Council of Europe (2006). *The status of international treaties on human rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, pp. 11-221.

VERESHCHET, Vladlen S. (1996). New constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law. In: *European Journal of Internacional Law*. Firenze. Vol. 7, pp. 29-41.

VILLIGER, Mark (2009). Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Leiden: Martinus Nijhoff, pp. 415-462.

WILSON, Robert R. (1964). International law in new constitutions. *American Journal of International Law*. Washington. Vol. 58. Nº 2, pp. 432-436.

ZWEIG, Stefan (1955). Encontros, impressões e idéias. Porto: Ed. Livraria Civilização, pp. 1-170.

NOTAS

1. O presente artigo deriva do trabalho final de pesquisa realizado pelo autor para o Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), intitulado *O Regime Jurídico dos Tratados de Direitos Humanos segundo a Jurisprudência do STF.* Agradeço ao Professor George Rodrigo Bandeira Galindo, orientador dessa pesquisa, pelas inúmeras lições e conselhos que tanto me estimularam.
2. Nesse artigo, não fazemos a distinção própria da teoria das relações internacionais entre *comunidade* internacional e *sociedade* internacional. Utilizamos o termo *comunidade* em seu sentido mais amplo.
3. As palavras foram proferidas durante a palestra de Edgar Morin em Brasília, no dia 21 de junho de 2009, no Auditório Kubitschek Plaza.
4. ZWEIG, Stefan. Encontros, impressões e idéias. Porto: Ed. Livraria Civilização, 1955, p. 48.
5. DUPUY, Pierre-Marie apud GIRALDA, Aurélio Pérez. El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. No 4, p. 1.
6. KOZHEVNIKOV apud KULSKI, W. W. Soviet comments on International Law and International Relations. *American Journal of International Law.* Washington. Vol. 47. No 1, p. 133. O artigo foi elaborado no auge da Guerra Fria e referia-se, portanto, às concepções capitalista e marxista do Direito Internacional.
7. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 137.
8. Acerca da unidade do Direito Internacional e do desenvolvimento histórico de seu corpo normativo, *cf.* GALINDO, George Rodrigo Bandeira. "Sê plural como o universo!": a multiplicação dos tribunais internacionais e o problema dos regimes auto-suficientes no Direito Internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo, 2000, pp. 7-10.
9. Cf. SIMMA, Bruno. The contribution of Alfred Verdross to the theory of international law. *European Journal of International Law.* Firenze. Vol. 6. No 1, 1995, p. 42.
10. GALINDO, George. Op. cit., p. 201.
11. CASSESE, Antonio. *Modern constitutions and internacional law.* Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye, La Haye, t. 192, pp. 351-367, 1985.
12. Cf. Constituição dos Estados Unidos da América, artigo 6º, parágrafo 2º.
13. Cf. Constituição Francesa de 1791, Título VI.
14. GALINDO, George. Op. cit., p. 81.
15. FOX D. C. TRINDADE, Vinícius, PINHEIRO, Milena e MARANHÃO, Laís. Os impactos constitucionais da Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Constituição e Democracia.* Brasília, v. 28, dezembro de 2008, p. 11.

16 CASSESE, Antonio. Op. cit., p. 352.

17. VERESHCHET, Vladlen S. New constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law. In: *European Journal of Internacional Law.* Firenze. Vol. 7, 1996, pp. 29-41.
18. É o caso da Bulgária, Hungria, Eslováquia, República Tcheca, Moldávia, Lituânia, Romênia, Uzbequistão, Turcomenistão, Bielo-Rússia e Quirguistão.
19. WILSON, Robert R. International law in new constitutions. *American Journal of International Law.* Washington. Vol. 58. Nº 2, p. 432.
20. ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 296.
21. Na verdade, desde o século XVI, pensadores como Francisco de Vitória e Francisco Suárez já anunciavam a existência de direitos naturais inalienáveis a toda a humanidade. Além disso, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada em maio de 1948, precedeu em alguns meses a Declaração Universal sobre Direitos Humanos. Sendo assim, acreditamos que a Declaração Universal não é propriamente o início do movimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas o começo de um processo de generalização da proteção humana em nível internacional.
22. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Vol. 1. Porto Alegre: Fabris, 2003, pp. 51-89.
23. Ibid, pp. 292-293.

24. UNITED NATIONS. World Conference on Human Rights – The Vienna Declaration and Programme of Action, June 1993. New York: United Nations, 1993, tradução livre.
25. POPPER, Karl. A sociedade aberta e seus inimigos. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1998, p. 18.
26. ALVES, J.A. Lindgren. Os direitos humanos como tema global. São Paulo: Perspectiva, 1994, p. 27.
27. Ibid, artigo 83 do Programa de Ação (Parte II).
28. CANÇADO TRINDADE. Op. cit., p. 508.
29. ALVES, J. A. Lindgren. Op. cit., p. 29.
30. UNITED NATIONS. A/RES/63/128 (The rule of law and international and national level). *United Nations General Assembly Official Records.* New York: United Nations, 2009, p. 1.
31. Concordamos com a tese segundo a qual a multiplicação dos tribunais internacionais impulsiona o desenvolvimento e a aplicação do Direito Internacional.
32. CONFORTI, Benedetto. Qualche riflessione sul contributo dei giudici internazionali ed interni al diritto internazionale. *In:* Diritti Individuali e Giustizia Internazionale, *Líber Fausto Pocar.* Org: Gabriella Venturini, Stefania Bariatti. Milão: Giuffrè Editore, 2009, pp. 217-221.
33. SCELLE, Georges. Règles générales du droit de la paix. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, La Haye, t. 46, 1933, pp. 350-362.
34. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts. *Archiv des Völkerrechts*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1978, p. 349.
35. Ver, por exemplo, o artigo 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.
36. No caso da Convenção Americana, o dever geral do art. 1(1) soma-se à obrigação do art. 2º. Com efeito, esses artigos têm sido aplicados conjuntamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.
37. No caso da Convenção Americana, o dever geral do art. 1(1) soma-se à obrigação do art. 2º. Com efeito, esses artigos têm sido aplicados conjuntamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.
38. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú*. Sentença de 24 de novembro de 2006, par. 128.
39. ALVES, J.A. Lindgren. Op. cit., p. 70.
40. CONFORTI, Benedetto. Enforcing International Human Rights in Domestic Courts. The Hague: Martinus Nijhoff, 1997, pp. 3-7.
41. CASSESE, Antonio. International Law. New York: Oxford University Press, 2005, pp. 210-212. Além do caso mencionado, o autor identifica outros casos nos quais a Corte Suprema da Suíça utilizou o *jus cogens* como *ratio decidendi*.
42. Cf. o voto dissidente do Juiz M. Alvarez, *in:* International Court of Justice. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; Advisory Opinion of May 28th, 1951, p.51.
43. International Court of Justice. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; Advisory Opinion of May 28th, 1951, p. 12.
44. KISS, Alexandre. International Human Rights Treaties: a special category of international treaty? In: Venice Commission – Council of Europe. *The status of international treaties on human rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2006, p. 29.
45. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Vol. 2. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 186.
46. Cf. Julgamento da Apelação Cível nº 7.872, datada de 11.10.1943.
47. LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. A proteção constitucional dos direitos humanos e o novo parágrafo 3º do artigo 5º: "É preciso imaginar Sísifo feliz." *Via Legis*. Manaus, nº 55. Ano 11, agosto de 2007, p. 14.
48. KELSEN, Hans. A teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 383-386.
49. Sobre a incompatibilidade das leis de auto-anistia com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ver: FOX D. C. TRINDADE, Vinícius. *Per non dimenticare*: uma análise das leis de auto-anistia na evolução jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Fortaleza: Ano 8, Número 8, 2009.
50. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 313-314.
51. As duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos, de 1968 e 1993 (Teerã e Viena, res-

pectivamente), confirmaram a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

52. Ver a Entrevista da Revista dos Estudantes de Direito da UnB com o Prof. Cançado Trindade, realizada em 21 de dezembro de 2008. *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*, nº 8, 2009, p. 53.

53. A título ilustrativo, cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, caso Costa Rica *v.* Nicarágua, sentença de 13 de julho de 2009: "The Court infers from this that the **term *comercio* must be understood to have the meaning it bears on each occasion on which the Treaty is to be applied, and not necessarily its original meaning**", grifo nosso.

54. VILLIGER, Mark. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, pp. 421-422.

55. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol. 2. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 32.

56. INTERNATIONAL LAW COMISSION apud VILLIGER, Mark. *Op. cit.*, p. 428.

57. VILLIGER, Mark. *Op. cit.*, pp. 444-445.

58. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol. 2. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 35.

59. Veja, novamente, o exemplo do recente caso Costa Rica *v.* Nicarágua (Corte Internacional de Justiça, 2009). A disputa girava em torno da interpretação de um tratado de 1858 sobre os direitos de navegação no rio *San Juan*. A Costa Rica, que venceu o caso, argumentou que o termo *comércio* deve ser entendido a cada vez em que o tratado é aplicado. Assim, apesar de o turismo não ser prática comercial corrente durante a celebração do tratado, no século XIX, hoje o termo *comércio* certamente abarca o turismo. Por isso, a Corte Internacional de Justiça decidiu que o tratado deve ser entendido de maneira que a Costa Rica tenha o direito de promover a prática comercial do turismo no rio *San Juan*.

60. Ver, a esse respeito, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, OC-10/89, *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos do Homem*, de 14 de julho de 1989.

61. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol. 1. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 192.

62. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol. 2. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 544.

63. Comitê das Nações Unidas contra a Tortura; Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial; Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher; Comitê dos Direitos da Criança.

64. Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, caso Ilhas Kasikili/Sedudu, sentença de 13 de dezembro de 1999, par. 18: "(...) the Court notes that neither Botswana nor Namíbia are parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, but that both of them consider that **Article 31 of the Vienna Convention is applicable inasmuch as it reflects customary international law"** (grifo nosso). Esse entendimento tem sido reafirmado em outros casos: LaGrand (Alemanha *v.* Estados Unidos), 2001; Legalidade do Uso da Força (Sérvia e Montenegro *v.* Bélgica), 2004.

65. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol. 2. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 37.

66. MORIN, Edgar. Où va le monde? Paris: L'Herne, 2007, p. 59.

ANEXOS

QUELQUES RÉFLEXIONS À L'OCCASION DE LA PREMIÈRE RÉUNION DES TROIS COURS RÉGIONALES DES DROITS DE L'HOMME

Antônio Augusto Cançado Trindade
Ancien Président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme;
Membre de la Cour internationale de Justice;
Professeur titulaire de Droit international à l'Université de Brasilia, Brésil;
Membre du *Curatorium* de l'Académie de droit international de La Haye; et de l´Institut de Droit International

I. INTRODUCTION

Je voudrais tout d'abord remercier les organisateurs de ce Séminaire de m'avoir fait l'honneur de m'inviter à y participer. Il m'est ainsi donné l'occasion de revenir à Strasbourg, une ville où j'ai vécu des moments d'une rare intensité, parfois même historiques: *a)* l'inauguration, au début du mois de novembre 1998, de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme, avec l'entrée en vigueur du Protocole nº 11 à la Convention européenne des droits de l'homme; *b)* les réunions conjointes des délégations des juges des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, tenues entre 1997 et 2003, qui ont permis la mise en place d'une coopération étroite entre ces deux juridictions internationales; *c)* l'inauguration, en 2004, de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme; et *d)* les colloques organisés par l'Institut international des droits de l'homme (Institut Cassin) réunissant les juges des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et les membres de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, dont les actes ont été publiés par ce même Institut. Je suis vraiment heureux, à l'occasion de cette réunion des Cours européenne, interaméricaine et africaine, de retrouver ici, au Palais des droits de l'homme de Strasbourg, de très chers collègues et amis représentant ces trois systèmes régionaux de protection internationale des droits de l'homme.

À l´occasion de cette séance inaugurale, je souhaiterais soumettre à la considération des juges et experts participants quelques réflexions, fondées sur mon expérience personnelle, autour de six thèmes auxquels j'attache une grande importance, à savoir: *a)* l'accès direct de l'individu à la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH); *b)* l´importance du droit d'accès *lato sensu* à la justice internationale; *c)* la sauvegarde de l'intégrité de la juridiction internationale de protection; *d)* l'interposition de limites au volontarisme étatique; *e)* la condamnation des crimes d´État; et *f)* l'humanisation du droit international et l'émergence d'un nouveau *jus gentium*.

II. L'ACCÈS DIRECT DE L'INDIVIDU À LA COUR INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME

À l´occasion de cette première réunion des trois Cours régionales des droits de l´homme, je voudrais tout d'abord appeler l'attention des participants sur une question que j'ai déjà traitée dans mes rapports des 9 mars 2001[1] et 19 avril 2002[2] à la Commission des questions juridiques et politiques de l'Organisation des Etats Américains (OEA), à savoir, les implications majeures des modifications apportées en 2000 au Règlement de la Cour. L'avènement d'un nouveau siècle a coïncidé avec un saut qualitatif fondamental dans l'évolution du Droit international des droits de l'homme. En effet, l'adoption du quatrième et actuel Règlement de la Cour, daté du 24 novembre 2000 et entré en vigueur le 1er juin 2001, a profondément modifié le fonctionnement du mécanisme de protection de la Convention américaine des droits de l'homme (Convention américaine).[3]

Dans son nouveau Règlement de 2000, la Cour a ainsi introduit une série de mesures visant à autoriser la participation directe *(locus standi in judicio)* des victimes présumées, de leurs proches ou de leurs représentants dûment accrédités à toutes les étapes de la procédure judiciaire. Dans une perspective historique, c'est là la plus importante

des modifications apportées par le dernier Règlement de la Cour. Elle représente une étape décisive dans l'évolution du système interaméricain de protection des droits de la personne humaine, en particulier, et du Droit international des droits de l'homme, en général. L'article 23 du Règlement de 2000 prévoit en ces termes la «participation des victimes présumées»:

1. Une fois la demande accueillie, les victimes présumées, leurs proches ou leurs représentants dûment accrédités peuvent présenter leurs demandes, arguments et preuves de façon autonome pendant toute la durée de la procédure.
2. S'il y a pluralité de victimes présumées, de proches ou de représentants dûment accrédités, [ils] doivent désigner un intervenant commun qui sera la seule personne autorisée à présenter les demandes, arguments et preuves au cours de la procédure, y compris aux audiences publiques.
3. En cas de désaccord éventuel, la Cour prendra les mesures qui s'imposent.»

Aux termes de cet article, les victimes présumées, leurs proches ou leurs représentants peuvent ainsi présenter des demandes, arguments et éléments de preuve de façon autonome pendant toute la durée de la procédure. Ils disposent à cet effet d'un délai de trente jours à compter de la date à laquelle la demande leur est notifiée par la Cour (article 35.4). De même peuvent-ils prendre la parole pour présenter leurs arguments et preuves pendant les audiences publiques, en tant que véritables parties à l'affaire (article 40.2)[4]. Grâce à ces progrès importants, il est enfin établi sans ambiguïté que les véritables parties à une affaire contentieuse portée devant la Cour sont les personnes demanderesses, l'Etat défendeur et, seulement aux fins de la procédure, la Commission (article 2.23).

Ainsi habilités à participer directement *(locus standi in judicio)* à toutes les étapes de la procédure devant la Cour, les victimes présumées, leurs proches ou leurs représentants ont désormais tous les droits et devoirs d'ordre procédural qui, jusqu'à l'adoption du Règlement de 1996, étaient l'apanage de la Commission et de l'Etat défendeur (sauf au stade des réparations). Cela signifie que, pendant le déroulement de la procédure[5], peuvent exister et se manifester trois positions distinctes: celle des victimes présumées ou de leurs proches ou représentants légaux[6], en tant que sujets du Droit international des droits de l'homme; celle de la Commission en tant qu'organe de supervision de la Convention et auxiliaire de la Cour; et celle de l'Etat défendeur.

Cette réforme historique introduite dans le Règlement de la Cour attribue aux différents acteurs le rôle qui leur revient; contribue à une meilleure instruction du procès; assure le maintien du principe du contradictoire essentiel à la recherche de la vérité et au triomphe de la justice en vertu de la Convention américaine; reconnaît que la confrontation directe des individus demandeurs et des Etats défendeurs est un aspect essentiel de la procédure contentieuse internationale relative aux droits de l'homme; reconnaît le droit à la libre expression des victimes présumées elles-mêmes, garantie essentielle de l'équité et de la transparence de la procédure; enfin, et surtout, assure l'égalité des parties (*equality of arms*/égalité des armes) tout au long de la procédure suivie par la Cour[7]. Nous assistons ainsi à un renforcement progressif de la capacité procédurale des individus dans les instances introduites au titre de la Convention américaine, avec l'évolution graduelle non seulement du Règlement lui-même (cf. *supra*), mais aussi de l'interprétation de diverses dispositions de la Convention américaine, à la lumière de l'objet et du but de celle-ci, et du Statut de la Cour.

S'agissant des dispositions pertinentes de la Convention, nous pouvons souligner que:

a) l'article 44 et le paragraphe 1(f) de l'article 48 de la Convention peuvent clairement être interprétés comme tendant à octroyer aux pétitionnaires individuels le rôle de parties demanderesses;

b) le paragraphe 1 de l'article 63 de la Convention vise la «partie lésée»; il ne peut donc s'agir que d'individus (et jamais de la Commission);

c) l'article 57 de la Convention dispose que la Commission «participera aux audiences auxquelles donnent lieu toutes les affaires évoquées devant la Cour», mais ne précise pas à quel titre, et notamment n'indique pas que la Commission est partie à ces affaires;

d) l'article 61 de la Convention établit que seuls les Etats Parties à la Convention et la Commission ont qualité pour saisir la Cour, sans évoquer la notion de «parties»[8];

e) l'article 28 du Statut de la Cour prévoit que la Commission comparaîtra «comme partie en cause» (dans un sens purement

procédural), mais n'établit pas qu'elle est effectivement «partie» à l'affaire.

III. L'IMPORTANCE DU DROIT D'ACCÈS *LATO SENSU* À LA JUSTICE INTERNATIONALE

En ce qui concerne la subjectivité active des individus, le droit de pétition individuelle internationale représente le dernier espoir de ceux qui n'ont pas obtenu justice au niveau national. L'accès direct des individus à la justice internationale permet aux intéressés de revendiquer leurs droits lorsqu'ils sont victimes de manifestations d'un pouvoir arbitraire et donne un contenu éthique aux normes tant du droit interne que du droit international. L'introduction du *locus standi in judicio* dans la procédure suivie par la Cour, avec la pleine participation de tous les individus, a été essentielle, représentant le dernier espoir de ceux qui semblaient abandonnés de la justice.

Les progrès que représentent le Règlement de la Cour de 2000 et le Projet de Protocole à la Convention américaine (que j´ai élaboré et présenté à l´OEA en 2001 - cf. *infra*, n. 18) devraient nécessairement être appréciés conjointement avec les récentes avancées de la jurisprudence de la Cour. Celle-ci vise à assurer la protection effective *(effet utile)* des droits garantis par la Convention américaine. Dans un avis historique, l'Avis consultatif nº 16, rendu le 1er octobre 1999, sur le *Droit d'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure équitable*, la Cour a reconnu la cristallisation, dans le cadre des droits de l'homme, d'un vrai droit subjectif à l'information sur l'assistance consulaire (dont tout être humain peut se prévaloir lorsqu'il se trouve privé de liberté dans un autre pays); elle a ainsi rejeté la perspective traditionnelle et purement interétatique adoptée en la matière[9] et a étendu la protection garantie par la Convention à de nombreux migrants pauvres qui se trouvaient sans défense. Cette perspective nouvelle a ensuite été exprimée par la Cour dans un autre avis Avis consultatif novateur, l'Avis consultatif nº 18, du 17 septembre 2003, sur la *Condition juridique et les droits des migrants sans papiers*, qui revêt une importance capitale dans le monde d'aujourd'hui en ce qui concerne le respect du principe fondamental d'égalité et de non-discrimination (y compris l'égalité devant la loi).

S'agissant des affaires contentieuses, dans mes Opinions Individuelles jointes aux arrêts rendus par la Cour il y a plus de dix ans (arrêts des 30 et 31 janvier 1996 sur les exceptions préliminaires), dans les affaires *Castillo Páez* et *Loayza Tamayo c. Pérou*, j'ai avancé des arguments tendant à accorder aux requérants individuels le *locus standi in judicio* à toutes les étapes de la procédure (pars. 14-17). Lesdites Opinions ont inspiré certains des changements introduits par la suite dans les troisième et quatrième Règlements de la Cour (1996 et 2000, respectivement). Dans une longue Opinion Concordante que j'ai jointe à l'arrêt rendu le 4 septembre 1998 par la Cour (exceptions préliminaires) dans l'affaire *Castillo Petruzzi et autres c. Pérou*, alors que le troisième Règlement de la Cour était en vigueur, j'ai jugé opportun de souligner le caractère *fondamental* du droit de pétition individuelle (article 44 de la Convention américaine), en le qualifiant de «pierre angulaire de l'accès des individus au mécanisme de protection de la Convention américaine» (pars. 3 et 36-38)[10]. Après avoir passé en revue l'*historia juris* de ce droit de pétition (pars. 9-15) et de l'élargissement de la notion de «victime» dans la jurisprudence internationale se rapportant aux traités relatifs aux droits de l'homme (pars. 16-19), j'ai fait référence à l'*autonomie* du droit de pétition individuelle *vis-à-vis* du droit interne des Etats (pars. 21, 27 et 29), en ajoutant:

> «Avec l'accès des individus à la justice internationale, à travers l'exercice du droit de pétition individuelle, la reconnaissance du fait que les droits de l'homme à protéger sont inhérents à la personne humaine et non une émanation de l'Etat trouvait son expression concrète. Par conséquent, l'action tendant à leur protection ne s'épuise pas – ne peut pas s'épuiser – dans l'action de l'Etat. (…)

Sans cet accès à une instance internationale, la justice n'aurait jamais été obtenue en ce qui les concerne (...). C'est par l'exercice libre et entier du droit de pétition individuelle que les droits consacrés par la Convention prennent effet» (par. 33 et 35).

Plus tard, dans l'Opinion Concordante que j'ai jointe à l'arrêt rendu le 28 février 2003 dans la première affaire contentieuse entièrement examinée après l'entrée en vigueur de l'actuel et quatrième Règlement de la Cour – *Cinq retraités c. Pérou* –, j'ai suivi la même ligne de raisonnement: avec l'affirmation de la personnalité et de la capacité juridiques de l'individu était venu le temps de surmonter les limitations classiques de la *legitimatio ad causam* en Droit international, qui avaient si longtemps freiné le «développement progressif [de ce droit] vers la construction d'un nouveau *jus gentium*» (par. 24). Cette idée se retrouve en

évolution, dans ce sens, dans la jurisprudence de la Cour en matière non seulement contentieuse mais aussi consultative, comme l'illustre l'Avis consultatif nº 17 sur la *Condition juridique et les droits de l'enfant* (28 août 2002), dans lequel la Cour, suivant le même ordre de pensée, a soutenu l'émancipation juridique de l'être humain en mettant l'accent sur le renforcement de la personnalité juridique de l'enfant, comme vrai sujet de droits et non comme simple objet de protection; tel est de fait son *Leitmotiv* dans cet Avis.[11]

Auparavant déjà, l'affaire contentieuse des *Enfants de rue* (affaire *Villagrán Morales et autres c. Guatemala*, 1999-2001), qui a fait jurisprudence, avait révélé toute l'importance de l'accès direct des individus à la justice internationale en ce qu'il permet aux intéressés de revendiquer leurs droits contre les manifestations d'un pouvoir arbitraire et donne un contenu éthique aux normes du droit public tant interne qu'international.[12] Dans cette affaire, historique, les mères (et une grand-mère), aussi pauvres et abandonnées que les victimes elles-mêmes, ont eu accès à la justice internationale: elles ont comparu devant la Cour[13] et, grâce aux arrêts rendus en leur faveur quant au fond et aux réparations qui leur ont été accordées,[14] ont à tout le moins pu recouvrer leur foi en la justice humaine.

L'arrêt rendu quatre ans plus tard, le 2 septembre 2004, en l'affaire de l´*Institut de rééducation des mineurs c. Paraguay*, atteste une fois de plus, comme je l'ai souligné dans mon Opinion Individuelle (pars. 3-4), que l'être humain, aussi défavorable que soit sa situation, est devenu un sujet du Droit international des droits de l'homme, doté de la pleine capacité juridico-procédurale internationale. Dans cette affaire, la Cour a dûment reconnu toute l'importance des réformes historiques introduites par le quatrième et actuel Règlement de la Cour (pars. 107, 120-121 et 126), en vigueur depuis 2001,[15] tendant à faire des individus les titulaires à part entière des droits protégés par la Convention. Les affaires susmentionnées des *Enfants de rue* et de l'*Institut de rééducation des mineurs* fournissent d'éloquents exemples de la nécessité d'une telle titularité, affirmée et exercée devant la Cour, même dans les circonstances les plus adverses.[16] Outre ces exemples, bien d'autres affaires pourraient être évoquées, concernant personnes détenues dans des conditions inhumaines, expulsées de leurs maisons, en situation de migrants sans papiers, et personnes totalement sans défense, comptant parmi elles les survivants et les proches des victimes fatales de massacres, qui ont néanmoins eu accès à la justice internationale.

L´affaire de l'*Institut de rééducation des mineurs c. Paraguay* témoigne la capacité des oubliés du monde à accéder à la justice internationale. La Cour, dans son arrêt susmentionné du 2 septembre 2004, en reconnant l'importance des réformes historiques introduites par le Règlement, adopté le 24 novembre 2000 et entré en vigueur le 1er juin 2001, s´est prononcé, de conformité avec son nouveau Règlement, en faveur des *titulaires* de droits sous la Convention, en leur accordant le *locus standi in judicio* à *toutes* les étapes de la procédure contentieuse[17]. Ces réformes prendront effet plein le jour où elles seront consolidées par un Protocole d'amendements à la Convention Américaine destiné à renforcer le mécanisme de protection que celle-ci prévoit, comme celui que j'ai préparé et présenté, en qualité de Rapporteur et Président de la Cour, à l'Organisation des Etats Américains, en mai 2001, et qui reste aujourd'hui encore à l'ordre du jour de l'Assemblée générale de l´OEA.[18]

Le droit de l'accès à la justice ne se réduit pas à l'accès formel à un tribunal au niveau national ou international. Comme le soulignent plusieurs traités relatifs aux droits de l'homme, cet accès à la justice au niveau national fait partie de la protection internationale elle-même, comme indiqué dans les dispositions relatives au droit à un recours interne effectif et aux garanties d'un procès équitable. Sans ces derniers, il n'y a pas d'accès à la justice, lequel inclut le droit de tout individu à ce que sa cause soit entendue équitablement, avec les garanties judiciaires et la prééminence du droit. Le droit d'accès *lato sensu* à la justice comprend également les réparations éventuellement dues aux victimes et – comme reconnu par les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme – l'exécution complète et fidèle de leurs arrêts .

Dans l'affaire *Goiburú et autres c. Paraguay* (arrêt du 22 septembre 2006) se rapportant à l'«Opération Condor», de sinistre mémoire, menée par les «services de renseignements» du cône sud de l'Amérique du Sud (à l'époque des dictatures des années 1970 et 1980), la Cour a finalement repris la thèse que j'avais soutenue pendant plus de deux ans,[19] en élargissant effectivement le contenu matériel du *jus cogens* de telle sorte qu'il couvre le droit d'accès à la justice aux niveaux tant national qu'international. L'élargissement progressif du contenu matériel du *jus cogens* a eu lieu *pari passu* avec la récente condamnation judiciaire des violations *graves* des droits de l'homme et de massacres constitutifs, à mon sens, de véritables crimes d'Etat.[20]

IV. LA SAUVEGARDE DE L'INTÉGRITÉ DE LA JURIDICTION INTERNATIONALE DE PROTECTION

Le droit d'accès des individus à la justice internationale a pour pendant l'assurance de l'intégrité de celle-ci. A cet égard, la base de la compétence de la Cour en matière contentieuse a été l'objet d'une attention particulière dans les affaires *Hilaire, Benjamin* et *Constantine c. Trinité-et-Tobago* (exceptions préliminaires, arrêts du 1er septembre 2001). L'Etat défendeur avait soulevé une exception préliminaire d'une nature qui n'était pas formellement prévue par l'article 62 de la Convention américaine, et qui, si elle avait été retenue, aurait, selon la Cour, mené «à une situation dans laquelle [celle-ci] aurait eu pour premier point de référence la Constitution de l'Etat, la Convention américaine occupant seulement une place subsidiaire, avec pour conséquence une fragmentation de l'ordre juridique international de protection des droits de l'homme rendant illusoires l'objet et le but de la Convention» (par. 93).

Une telle éventualité était clairement inadmissible; comme la Cour l'a par ailleurs observé, «l'instrument d'acceptation, par Trinité-et-Tobago, de la compétence de la Cour en matière contentieuse n'est pas conforme aux hypothèses formulées au paragraphe 2 de l'article 62 de la Convention. Cet instrument a une portée si générale qu'il aboutit à la subordination totale de l'application de la Convention américaine au droit interne de Trinité-et-Tobago, selon les décisions des tribunaux nationaux. D'où l'incompatibilité manifeste de cet instrument d'acceptation avec l'objet et le but de la Convention» (par. 88). Sur la base de sa conclusion quant au *sens* du paragraphe 2 de l'article 62 de la Convention (*numerus clausus)*, la Cour s'est déclarée compétente pour connaître des affaires *Hilaire, Benjamin* et *Constantine*, préservant ainsi l'intégrité de sa propre base juridictionnelle et, plus généralement, celle du mécanisme de protection prévu par la Convention.

Deux ans auparavant, la Cour avait déjà eu l'occasion de défendre l'intégrité de sa propre juridiction dans une autre décision, réellement historique, face à un défi d'un genre nouveau. Peu après le prononcé de l'arrêt de la Cour en l'affaire *Castillo Petruzzi et autres c. Pérou* (30 mai 1999), l'Etat défendeur[21] avait annoncé le «retrait» de son instrument d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, avec «effet immédiat». Quelques temps plus tard, dans deux arrêts sur la compétence rendus le 24 septembre 1999 dans les affaires de la *Cour constitutionnelle* et d´*Ivcher Bronstein c. Pérou*, la Cour s'est déclarée compétente, jugeant *irrecevable* le rejet avec «effet immédiat» de sa compétence en matière contentieuse opposé par l'Etat défendeur. Elle a indiqué que sa compétence ne pouvait être conditionnée par des actes du défendeur contraires à des actes antérieurs de ce même défendeur, et sans aucun fondement dans la Convention. Elle a ajouté que, en acceptant sa juridiction en matière contentieuse, un Etat lui reconnaissait le droit exclusif de trancher toute question concernant sa compétence, étant entendu qu'il ne pourrait soudainement tenter de s'y soustraire par la suite, ce qui aurait pour conséquence d'ébranler le mécanisme international de protection dans son ensemble.

La Cour considérait que la clause attributive de compétence (clause juridictionnelle) sous la Convention ne pouvait être soumise à des limitations qu'elle n'avait pas elle-même établies et qui lui étaient imposées subitement par un Etat Partie pour des raisons d'ordre interne.[22] Telle était la condition nécessaire pour assurer la sécurité juridique, qui devrait être rigoureusement respectée dans l'intérêt de tous les Etats Parties. La Cour a donc poursuivi son examen des affaires pendantes contre l'Etat péruvien: il n'aurait pu en aller autrement, puisque tel était son devoir en vertu de la Convention américaine, en sa qualité d'organe judiciaire autonome chargé de la protection internationale des droits de l'homme. L'Etat défendeur avait contracté une obligation internationale dont il ne pouvait, brusquement, s'affranchir selon son bon vouloir. Le «retrait» avec «effet immédiat» de l'instrument d'acceptation de l'Etat défendeur n'avait pas de fondement juridique, – ni dans la Convention américaine, ni dans le droit des traités, ni dans le droit international général. Ainsi la Cour a-t-elle conclu à son irrecevabilité.

En prenant cette décision capitale, la Cour a préservé l'intégrité de la Convention américaine, dont l'application, comme celle des autres traités relatifs aux droits de l'homme, repose sur la *garantie collective* du fonctionnement du mécanisme international de protection. Les arrêts rendus par la Cour dans les affaires *Cour constitutionnelle* et *Ivcher Bronstein c. Pérou* (cf. *supra*) ont contribué, en définitive, au renforcement de sa base de compétence en matière contentieuse. A la suite d'un changement de gouvernement, l'Etat péruvien a ultérieurement déclaré nul et non avenu le «retrait» de l'instrument d'acceptation de la compétence de la Cour, et «normalisé» ses relations avec cette dernière (le 9 février 2001), en acceptant de se conformer à ses arrêts.[23]

V. L'INTERPOSITION DE LIMITES AU VOLONTARISME ÉTATIQUE

Dans la jurisprudence de la Cour, comme, plus généralement, dans le Droit international des droits de l'homme dans son ensemble, le processus d'interprétation des traités des droits de l'homme a clairement mis l'accent sur l'objet et le but de ces traités, aux fins d'assurer la protection effective *(effet utile)* des droits qui y sont garantis. Au début de son histoire, la Cour a insisté sur le caractère spécial des traités des droits de l'homme (par opposition aux traités multilatéraux classiques) et, notamment, sur le caractère objectif des obligations énoncées dans la Convention américaine.[24] En outre, son interprétation de la Convention s'est inscrite dans un processus dynamique propre à répondre à l'évolution des besoins en matière de protection.[25]

Particulièrement significative est la position adoptée par la Cour en ce qui concerne l'examen d'importantes questions d'interprétation et d'application de la Convention américaine, comme le droit de pétition individuelle[26] et la base de sa compétence propre en matière contentieuse[27]. La Cour a indiqué que ces questions renvoyaient à des clauses conventionnelles revêtant une importance fondamentale *(cláusulas pétreas)* pour la protection internationale des droits de l'homme; toute mesure visant à en entraver l'application risquerait de compromettre le fonctionnement de l'ensemble du mécanisme de protection prévu par la Convention, et serait dès lors inadmissible. Dans les décisions susmentionnées, la Cour a considéré ces dispositions (relatives au droit de pétition individuelle et à l'acceptation de sa juridiction obligatoire) comme des rouages essentiels du mécanisme par lequel l'objectif d'émancipation de l'individu *vis-à-vis* de son propre Etat peut être atteint.[28] Ainsi qu'il ressort de sa jurisprudence, la Cour a, à juste titre, opposé des limites au volontarisme étatique; préservé l'intégrité de la Convention et la primauté des considérations d'*ordre public* sur la volonté des Etats individuels; établi des critères plus stricts en matière de comportement étatique, ainsi qu'un certain degré de contrôle sur l'imposition, par les États, de restrictions injustifiables; et amélioré de manière rassurante le statut des individus en tant que sujets du Droit international des droits de l'homme, dotés d'une pleine capacité procédurale.

VI. LA CONDAMNATION DES CRIMES D'ETAT

L'élargissement progressif du contenu matériel du *jus cogens,* à travers la jurisprudence de la Cour interaméricaine *(supra)*, a eu lieu *pari passu* avec la récente condamnation judiciaire des auteurs de graves violations des droits de l'homme. En fait, au cours de la dernière moitié de cette décennie, la Cour s'est prononcée sur un nouveau cycle d'affaires contentieuses, portant sur des *massacres*, constitutifs, à mon sens, de vrais *crimes d'État*. Ces crimes avaient été planifiés aux plus hauts niveaux du pouvoir et exécutés dans le cadre de véritables politiques d'État visant à l'extermination systématique d'êtres humains.

Des références peuvent être faites, à cet égard, pour une étude de la matière, par exemple, aux arrêts rendus par la Cour dans les affaires suivantes, portant sur des massacres, à savoir: *Barrios Altos c. Pérou* (14 mars 2001), *Caracazo c. Venezuela* (29 août 2002), *Plan de Sánchez c. Guatemala* (29 avril 2004), *19 Marchands c. Colombie* (5 juillet 2004), *Communauté Moiwana c. Suriname* (15 juin 2005), *Mapiripán c. Colombie* (15 septembre 2005), *Pueblo Bello c. Colombie* (31 janvier 2006), *Ituango c. Colombie* (1er juillet 2006), *Montero-Aranguren et autres (Retén de Catia) c. Venezuela* (5 juillet 2006), *Prison de Castro Castro c. Pérou* (25 novembre 2006), *La Cantuta c. Pérou* (29 novembre 2006).

D´autres références peuvent encore être faites aux décisions de la même Cour rendues dans des affaires concernant des assassinats, et autres crimes, planifiés au plus haut niveau du pouvoir étatique et exécutés sur ordre de celui-ci, telles que dans les affaires de *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (25 novembre 2003) et de *Goiburú et autres c. Paraguay* (22 septembre 2006). Il est significatif que des affaires de massacres, tombées dans l'oubli pendant des décennies, soient aujourd'hui portées devant un tribunal international des droits de l'homme, comme exemplifié par ces arrêts de la Cour Interaméricaine, et que les États responsables ont été condamnés par celle-ci.

VII. L'HUMANISATION DU DROIT INTERNATIONAL ET L'ÉMERGENCE D'UN NOUVEAU *JUS GENTIUM*

J'en viens maintenant aux dernières réflexions que je tenais à exposer à l'occasion de cette première réunion des trois Cours régionales des

droits de l'homme. Comme je l'ai souligné dans mon dernier ouvrage,

> "Les écrits des `pères fondateurs´ du droit international au cours des XVI[ème] et XVII[ème] siècles, particulièrement F. Vitoria, F. Suárez, H. Grotius, A. Gentili et S. Pufendorf, concevaient la *civitas maxima gentium* comme constituée des êtres humains organisés socialement et politiquement en des Etats émergents, coextensifs avec l'humanité elle-même. (. . .) Le monde a entièrement changé après les idées développées par F. Vitoria, F. Suárez, A. Gentili, H. Grotius, S. Pufendorf et C. Wolff, mais les aspirations humaines à la réalisation de la justice et la préservation de la paix restent les mêmes dans cette première décennie du XXI[ème] siècle. (. . .)

Dans la cosmovision des `pères fondateurs´ du droit des gens, les individus, les groupes sociaux, les peuples, et les Etats étaient coextensifs avec l'humanité elle-même, toute entière. En effet, on reconnaît aujourd'hui la nécessité de restituer à la personne humaine la position centrale qui lui est due, en tant que *sujet du droit tant interne qu'international.* (. . .) Le nouveau *jus gentium* contemporain se caractérise, dans ce particulier, par l'incontestable expansion de la personnalité juridique internationale, accompagné par l'expansion correspondante de la responsabilité juridique internationale. En dépit de toutes les adversités, les droits universels de la personne humaine s'affirment aujourd'hui avec une plus grande vigueur.»

Et je m´ai permis ajouter que

> «La personne humaine a enfin reconquis la position centrale qui lui était réservée dans l'ordre juridique international contemporain. (. . .) Nous sommes aujourd'hui témoins de l'indéniable consolidation de la personnalité juridique de la personne humaine, en tant que véritable sujet du droit des gents, et non plus en tant que simple objet de protection. (. . .) La réalisation du but de la sauvegarde pleine et de la prévalence des droits inhérents à l'être humain, quelles que soient les circonstances, correspond au nouvel *ethos* du monde actuel. Les avancées dans cette direction, telles que je les perçois, constituent, en ce début du XXIème siècle, une manifestation claire de la *conscience juridique universelle*, laquelle, à mon avis, est la source *matérielle* ultime du droit international, ainsi que du Droit dans son ensemble.»[29]

L'octroi, par l'actuel Règlement de la Cour interaméricaine, du *locus standi in judicio* aux personnes exerçant devant la Cour leur droit de pétition, et ce, à toutes les étapes de la procédure, constitue peut-être le progrès juridico-procédural le plus important du point de vue du perfectionnement du mécanisme de protection de la Convention américaine, depuis que cette dernière est entrée en vigueur, voilà près de vingt-cinq ans. Ce changement représente la conséquence logique de la conception et de la formulation des droits que la Convention impose de protéger sur le plan international, auxquelles doit nécessairement correspondre, pour les pétitionnaires, la pleine capacité juridique des pétitionnaires de revendiquer ces droits. Grâce à cette initiative historique de la Cour, les individus se sont vu reconnaître le statut de sujets du Droit international des droits de l'homme, dotés d'une capacité juridico-procédurale internationale.

La notion même de «victime» a élargi dans le Droit international des droits de l´homme, et le même s´est passé avec le contenu matériel du *jus cogens,*[30] comme j´ai eu occasion de souligner dans mon Opinion Individuelle dans l´affaire de *La Cantuta c. Pérou* (arrêt du 29 novembre 2006):

> «Au fil des années, au sein de cette Cour, j'ai insisté sur la nécessité de reconnaître et d´identifier le *jus cogens*, et j'ai contribué, dans de nombreuses Opinions Individuelles (dans l'exercice des fonctions contentieuses et consultatives de la Cour), à l'élaboration de la doctrine concernant l'élargissement du contenu matériel du *jus cogens* et des obligations *erga omnes* de protection correspondantes, en leurs dimensions tant horizontale (*vis-à-vis* la communauté internationale dans son ensemble) que verticale (se rapportant aux relations de l'individu avec la puissance publique, des entités non étatiques et d'autres individus). Ainsi la notion même de `victime´ visée par la Convention américaine a-t-elle évolué et les paramètres de la protection due aux justiciables ainsi qu'au cercle des personnes protégées ont-ils été élargis».[31]

Le *jus cogens* résiste aux crimes d'Etat et prévoit des sanctions, en vertu de l'engagement immédiat de la responsabilité internationale *aggravée* de l'État. Les réparations dues à raison de ces crimes s'accompagnent de la triple obligation d'enquêter, de juger et de sanctionner les responsables de crimes d'État (commis par action ou par omission). Le Droit ne cesse pas d'exister dès lors

que ses normes sont violées, comme voudraient le faire accroire les «réalistes», emportés par leur inéluctable et pathétique idolâtrie de la puissance établie. Bien au contraire, le droit impératif (*jus cogens*) réagit immédiatement à de telles violations et impose des sanctions.[32]

Cette jurisprudence a été confirmée par la Cour interaméricaine - en ce qui concerne la prescription - dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Bulacio c. Argentine*, le 18 septembre 2003. L'ensemble des considérations développées ultérieurement dans la jurisprudence de la Cour à ce propos, en ce qu'elles tendent à imposer des limites au volontarisme étatique, sont révélatrices du processus historique d'*humanisation* du droit international et de l'émergence d'un nouveau *jus gentium*.[33] Ce processus est en marche et témoigne d'une nouvelle conception des relations entre l'autorité publique et l'être humain,[34] conception qui, en définitive, revient à reconnaître que l'État existe pour l'être humain et non l'inverse.

(Strasbourg, 8-9 décembre 2008)

NOTES

1. Cf. Organisation des Etats Américains (OEA), *Rapport du Président de la CIDH, le juge Antônio A. Cançado Trindade, à la Commission des affaires juridiques et politiques du Conseil permanent de l'Organisation des États Américains (9 mars 2001)*, document OEA/Ser.G/CP/CAJP 1770/01, du 16 mars 2001, p. 6 8 (également disponible en anglais, espagnol et portugais).

2. Cf. OEA, *Rapport présenté par le Président de la CIDH, le juge Antônio A. Cançado Trindade, à la Commission des affaires juridiques et politiques du Conseil permanent de l'Organisation des Etats américains, 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)*, document OEA/Ser.G/CP/CAJP 1933/02, du 25 avril 2002, p. 5 17 (également disponible en anglais, espagnol et portugais).

3. Pour un commentaire récent, cf. A. A. Cançado Trindade, «El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro*:* La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional», 30 31 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2001) p. 45 71.

4. En ce qui concerne la demande d'interprétation, elle sera communiquée par le greffier de la Cour aux parties à l'affaire – y compris, naturellement, aux victimes présumées, à leurs proches ou à leurs représentants – afin de leur permettre, si elles l'estiment nécessaire, de présenter des mémoires écrits dans le délai fixé à cet effet par le président de la Cour (article 58.2).

5. En ce qui concerne la procédure relative aux affaires en instance devant la Cour avant l'entrée en vigueur du nouveau Règlement, le 1er juin 2001, la Cour a adopté, le 13 mars 2001, une résolution sur les dispositions transitoires par laquelle elle a décidé : *a)* que les affaires en instance au moment de l'entrée en vigueur du nouveau Règlement (2000) continueraient d'être régies par les normes du Règlement antérieur (1996) jusqu'au moment où s'achèverait l'étape procédurale en cours ; et *b)* que les victimes présumées participeraient aux étapes commençant après l'entrée en vigueur du nouveau Règlement (2000), conformément à l'article 23 de ce dernier.

6. Les mémoires, présentés de manière autonome, par les victimes présumées (leurs représentants ou leurs proches) doivent naturellement être en rapport avec la demande (c'est à dire avec les droits dont la violation est alléguée dans la demande) parce que – comme ne cessent de le répéter les procéduriers (en invoquant surtout les auteurs italiens) – ce qui n'est pas dans le dossier n'existe pas dans le monde…

7. A l'appui de cette position (qui a réussi à venir à bout des résistances, opposées surtout par des nostalgiques du passé, y compris au sein du système interaméricain de protection des droits de l'homme), 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 de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos», *in El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI – Memoria del Seminario (Noviembre de 1999)*, tome I, San José de Costa Rica, CIDH (2001), p. 3 68 ; A. A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto (2001), p. 17 96.

8. À l'avenir, lorsque sera consacré – comme je l'espère – le *jus standi* de l'individu devant la Cour, cet article de la Convention devra être modifié.

9. En fait, il n'est plus possible d'examiner le Droit international comme un tout dans une perspective strictement interétatique ; cf. 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), p. 31 439 ; A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public International Law – Part II», 317 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (2005) p. 19 312.

10. A travers ce droit de pétition, – «une conquête définitive du Droit international des droits de l'homme» –, s'est opéré «*le sauvetage historique*

de la position de l'être humain comme sujet du Droit international des droits de l'homme, doté de la pleine capacité procédurale internationale» (pars. 5 et 12).

11. Affirmé avec force aux paragraphes 41 et 28.

12. Dans l'Opinion Individuelle que j'aie jointe en l'affaire des *Enfants de rue* (réparations, arrêt du 31 mai 2001), j'ai estimé nécessaire de préciser que la souffrance des personnes les plus humbles et les plus vulnérables avait des répercussions sur l'ensemble de leur communauté ou milieu social, et que leurs parents proches, qui subissent le supplice du silence et de l'indifférence, imprègnent de leur souffrance toute la communauté (par. 22). Plus récemment, des personnes abandonnées et oubliées de tous ont, dans leur quête de la justice, saisi une juridiction internationale des droits de l'homme, comme, e.g., dans les affaires des membres des communautés *Yakye Axa* (arrêt du 17 juin 2005) et *Sawhoyamaxa* (arrêt du 29 mars 2006), concernant le Paraguay. Dans ces deux dernières affaires, les victimes, chassées de leurs foyers et de leurs terres ancestrales, socialement marginalisées et exclues, ont pu accéder à une juridiction internationale, devant laquelle elles ont finalement obtenu justice.

13. Audiences publiques des 28 29 janvier 1999 et du 12 mars 2001.

14. Du 19 novembre 1999 et du 26 mai 2001, respectivement.

15. Cf., à cet égard, 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 Libertés, justice, tolérance – Mélanges en hommage au doyen G. Cohen Jonathan,* tome I, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 351 365.

16. Dans l'affaire de l'*Institut de Rééducation des Mineurs*, trois incendies avaient éclaté, causant des morts et des blessés parmi les jeunes detenus; mais la cause des victimes, en dépit de la capacité juridique limitée de celles-ci en tant que mineurs, a été portée devant une juridiction internationale des droits de l'homme, ce qui conforte l'idée que la titularité de ces droits découle directement du Droit international.

17. Cf., à ce sujet, A. A. Cançado Trindade, «El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y Su Proyección Hacia el Futuro: La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional», *in XXVIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – OEA* (2001) p. 33 92 ; 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 Libertés, justice, tolérance – Mélanges en hommage au doyen G. Cohen Jonathan,* tome I, Bruxelles, Bruyland (2004), p. 251 365.

18. A. A. Cançado Trindade, *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, 1re éd., San José, CIDH (2001), p. 1 669 (réédité en 2003).

19. Cf. le texte de mon Opinion Individuelle dans cette affaire, reproduit *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, Ed. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, p. 779 804.

20. Dans les Opinions Individuelles que j'ai rédigées et présentées dans les affaires *Goiburú et autres* (par. 62 68, texte *in ibid*., p. 801 804), *Almonacid Arellano c. Chili* (arrêt du 26 septembre 2006, pars. 58 60 de l'Opinion) et *La Cantuta c. Pérou* (arrêt de 29 novembre 2006, pars. 49 62 de l'Opinion), j'ai souligné l'importance que revêt cet élargissement du contenu matériel du *jus cogens*.

21. Sous la présidence de M. A. Fujimori.

22. La Convention américaine ne prévoit pas le retrait unilatéral d'une clause, et encore moins, d'une clause aussi importante que celle relative à l'acceptation de la compétence de la Cour en matière contentieuse. La seule possibilité prévue par la Convention est celle de la dénonciation (de la Convention dans son entièreté), au terme d'un préavis de douze mois, qui demeure sans effet sur les obligations antérieures à la dénonciation. Ce délai est identique à celui prévu par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

23. Pour un exposé historique des faits, cf. A. A. Cançado Trindade, «El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Una Evaluación Histórica (première partie) », *in Ideele – Revista del Instituto de Defensa Legal* – Lima (Pérou), n° 138 (juin 2001), p. 108-113; et A. A. Cançado Trindade, «El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (deuxième partie)», in *Ideele*, n° 139 (juillet 2001), p. 85 88.

24. Cf., par exemple, 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* (Actes de la troisième Conférence conjointe organisée par l'American Society of International Law et l'Asser Instituut, à La Haye, en juillet 1995), La Haye, Asser Instituut (1996), p. 157-162 et 166-167.

25. Cf. l'Avis consultatif n° 16 de la Cour en l'affaire relative au *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* (1er octobre 1999) ; l'arrêt sur le fond de l'affaire *Cantoral Benavides c. Pérou* (2000, par. 99 104) ; ainsi que l'Avis consultatif n° 18 de la Cour sur la *Condition juridique et les droits des migrants sans papiers* (17 septembre 2003).

26. Dans l'affaire *Castillo Petruzzi et autres c. Pérou* (arrêt sur les exceptions préliminaires, 1998).

27. Dans les affaires de la *Cour constitutionnelle* et d´*Ivcher Bronstein c. Pérou* (arrêts sur la compétence, 1999) et de *Hilaire, Benjamin et Constantine c. Trinité-et-Tobago* (arrêts sur les exceptions préliminaires, 2001).

28. 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», *in El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI – Memoria del Seminario (Noviembre de 1999)*, tome I, San José, CIDH (2001), p. 3 68.

29. A. A. Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens : l'accès des individus à la justice internationale – Le regard d'un juge*, Paris : Pedone, 2008, p. 145 149.

30. Cf. A. A. Cançado Trindade, "La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*", *in XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA (2008), p. 1-15.

31. Cf. mon Opinion Individuelle dans l'affaire de *La Cantuta c. Pérou*, jointe à l'arrêt rendu par la Cour le 29 novembre 2006 (par. 60).

32. *Ibid*., par. 59.

33. Cf. note (9), *supra*.

34. Cf. A. A. Cançado Trindade, "The Right of Access to Justice in the Inter-American System of Human Rights Protection", 17 *ItalianYearbook of International Law* (2007) p. 7-24; A. A. Cançado Trindade, "The Human Person and International Justice", 47 *Columbia Journal of Transnational Law* (2008) p. 16-30.

CONVENIO GENERAL DE COLABORACIÓN QUE CELEBRAN POR UNA PARTE EL CENTRO UNIVERSITARIO DE IXTLAHUACA, A.C., REPRESENTADA EN ESTE ACTO POR SU DIRECTOR GENERAL Y PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, M. EN D. MARGARITO ORTEGA BALLESTEROS, QUE EN LO SUCESIVO SE DENOMINARÁ "EL CENTRO UNIVERSITARIO"; Y POR LA OTRA, EL INSTITUTO BRASILEÑO DE DERECHOS HUMANOS, REPRESENTADO EN ESTE ACTO POR SU PRESIDENTE, EL DOCTOR CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL, QUE EN LO SUCESIVO SE DENOMINARÁ "EL IBDH" CONFORME A LAS DECLARACIONES Y CLÁUSULAS SIGUIENTES:

DECLARACIONES:

I. DECLARA "EL CENTRO UNIVERSITARIO" POR CONDUCTO DE SU REPRESENTANTE LEGAL

A. Ser una institución que ofrece servicios de educación media superior y superior, dentro de los que se comprenden los estudios de nivel bachillerato, técnico profesional universitario, estudios de nivel licenciatura, diplomados, especialidades, maestrías y doctorados, así como aquellos cursos que complementen a éstos en la enseñanza de los idiomas, las ciencias y humanidades; asimismo, darse su propia normatividad en los aspectos administrativos, docentes y otros relacionados con su operación institucional.

B. Que es una persona moral legalmente constituida conforme a las leyes mexicanas y de acuerdo al testimonio de la escritura pública número 17,662 de fecha 28 de marzo de 2006, que se encuentra debidamente inscrito en el Registro Público de la Propiedad del Distrito de Ixtlahuaca, Estado de México, en el libro Único, Sección Tercera, volumen 2, bajo la partida 344 a fojas 98 de fecha 30 de marzo de 2006, consta en el mismo la protocolización del acta de la Asamblea Extraordinaria de cuatro de enero de dos mil cinco, que contiene las reformas, adiciones y derogaciones de los estatutos sociales del CENTRO UNIVERSITARIO DE IXTLAHUACA, ASOCIACIÓN CIVIL, INCORPORADO A LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO; de donde se desprende que el M. EN D. MARGARITO ORTEGA BALLESTEROS tiene el carácter de Presidente del Consejo Directivo y representante legal de dicha institución educativa.

C. Entre sus atribuciones está el promover el intercambio científico, tecnológico y cultural con instituciones educativas y organismos nacionales, extranjeros e internacionales, de acuerdo a lo señalado en sus estatutos.

II. DECLARA "EL IBDH" POR CONDUCTO DE SU REPRESENTANTE LEGAL

A. Que se encuentra legalmente constituido como asociación civil en Fortaleza, Ceará, Brasil bajo las normas y leyes establecidas en este País.

B. Que, dentro de sus objetivos, "EL IBDH" desarrolla la enseñanza y la investigación de los Derechos Humanos, así como su promoción, buscando el intercambio en esta materia a nivel Nacional e Internacional.

C. Que el Maestro César Oliveira de Barros Leal tiene las atribuciones que le han sido concedidas por quienes representa en su carácter de Presidente de "EL IBDH", para la celebración del Presente Convenio.

D. Que para los efectos legales de este instrumento señala como su domicilio, el ubicado en la calle José Carneiro da Silveira 15, apartamento

301, Papicu, Fortaleza, Ceará, Brasil, Código Postal 60.190.760.

III. DECLARAN AMBAS PARTES

A. Reconocerse recíprocamente el carácter y las facultades con las que comparecen a la firma del presente convenio.

B. El presente acto lo suscriben libre de toda violencia, error, lesión, dolo o mala fe, por lo que desde ahora renuncian en perjuicio a invocar algún vicio del consentimiento.

C. Que atendiendo a los objetivos y funciones que la sociedad les ha confiado, consideran de fundamental importancia para el desarrollo de sus respectivos fines institucionales realizar acciones de colaboración en el campo de la educación, de la investigación y el análisis, que favorezcan el desarrollo de los conocimientos en el área de los Derechos Humanos y la Criminología.

D. Que reconocen la importancia de desarrollar lazos de amistad que propicien el mutuo entendimiento de los pueblos de Brasil y México, así como ampliar la colaboración en el área de la Criminología, de los Derechos Humanos y la educación.

Expuesto lo anterior, las partes están de acuerdo en sujetar sus compromisos en los términos y condiciones previstos en las siguientes:

CLÁUSULAS

PRIMERA: OBJETO

El objeto del presente Convenio es el establecimiento de las bases conforme a las cuales ambas partes llevarán a cabo actividades de complementación y colaboración académica, científica y cultural, encaminadas a realizar acciones conjuntas para promover el estudio, análisis e investigación en materia de los Derechos Humanos en relación a los diversos programas de estudio que se ofrecen en "EL CENTRO UNIVERSITARIO", mediante el desarrollo de Convenios de Colaboración Específicos en áreas de interés común.

SEGUNDA: ALCANCE

Para el cumplimiento del objeto del presente Convenio, las partes llevarán a cabo las siguientes actividades:

a) Impulsar la realización de Cursos, Diplomados y Talleres acerca de temas relacionados con los programas de estudio que ofrece "EL CENTRO UNIVERSITARIO" a fin de promover una cultura de respeto irrestricto de los Derechos Humanos;

b) Las partes promoverán investigaciones de manera conjunta en temas relacionados con los jóvenes en riesgo y el conflicto con la Ley Penal y su vinculación con los Derechos Humanos, la Criminología y otras áreas del conocimiento;

c) Impulsarán la creación, publicación y difusión de obras literarias y estudios que atañen a temas relacionados con la justicia de menores, la prevención del delito, los Derechos Humanos, la Criminología y los que atañen a los programas de estudio con los que cuenta "EL CENTRO UNIVERSITARIO;"

d) Las partes se comprometen a facilitar el acceso al material bibliográfico, hemerográfico y documental que esté vinculado con los temas de interés;

e) Ambas Instituciones podrán gestionar convenios con organismos gubernamentales y de la sociedad civil, en el ámbito Nacional e Internacional;

f) Diseño de proyectos de investigación conjunta en temas de interés común;

g) Preparación de docentes en especialidades;

h) Asesorías para estudios de posgrado;

i) Cualquier otra modalidad que las partes convengan.

TERCERA: CONVENIOS ESPECÍFICOS

Para el desarrollo de las actividades señaladas en la cláusula anterior, las partes elaborarán programas de trabajo a efecto de delimitar el alcance de los compromisos que tendrá cada una.

Los programas de trabajo y su desarrollo se elevarán a la categoría de Convenios Específicos, los cuales deberán constar por escrito y describirán con precisión sus objetivos, las actividades a desarrollar, calendarios y lugares de trabajo, personal involucrado, enlaces y coordinadores o responsables, recursos técnicos y materiales, publicación de resultados y actividades de difusión, controles de evaluación y seguimiento, aportaciones económicas de cada una, así como aquellos aspectos y elementos necesarios para determinar sus propósitos y alcances.

CUARTA: COMISIÓN DE SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN

Las partes acuerdan constituir una Comisión de Seguimiento y Evaluación del cumplimiento

del presente instrumento, la cual se integrará por igual número de miembros de cada una de las partes y deberá quedar constituida dentro de los quince (15) días posteriores a la suscripción de este Convenio General de Colaboración.

La Comisión de Seguimiento y Evaluación tendrá las funciones siguientes:

a) Elaborar el Programa Anual de Trabajo, que deberá anexarse al presente Convenio General de Colaboración;
b) Recibir propuestas de colaboración de cualquiera de las partes y transmitirlas a la otra en la modalidad de programas y proyectos de colaboración específica;
c) Vigilar el efectivo cumplimiento del presente Convenio General de Colaboración y sus Anexos;
d) Designar a los funcionarios y áreas responsables de la ejecución de Convenios de Colaboración Específicos por cada una de las partes, estableciéndolos en el Programa de Trabajo que corresponda;
e) Recomendar a las partes la adopción de las medidas correctivas que juzguen pertinentes para optimizar el perfeccionamiento del presente Convenio y de sus Anexos;
f) Reunirse por lo menos una vez al año, en el lugar y fechas previamente acordados para evaluar el avance y cumplimiento de las actividades definidas en el Programa Anual de Trabajo;
g) Proponer a las partes las modificaciones al Convenio General de Colaboración y sus Anexos;
h) Presentar a las partes un informe final por escrito y por etapas, cuando sea necesario, sobre los resultados obtenidos de la ejecución de los Convenios de Colaboración Específicos, así como la conveniencia de continuar, ampliar o finiquitar cada Convenio. Los informes finales también se harán del conocimiento de las autoridades diplomáticas correspondientes.

   La Comisión de Seguimiento y Evaluación podrá invitar a sus reuniones a personas o representantes de organizaciones de su respectivo país para que asesoren y apoyen en su caso, la planificación y ejecución de las actividades de colaboración realizadas dentro de este Convenio.

QUINTA: OBTENCIÓN DE RECURSOS

Las partes convienen que los gastos resultantes de las actividades de colaboración definidas en el Programa Anual de Trabajo, así como los gastos que genere la Comisión de Seguimiento y Evaluación, serán sufragados con base en su disponibilidad de fondos presupuestarios asignados para ello. Asimismo, convienen en buscar de forma conjunta o separada, ante otras instituciones u organismos de carácter nacional o internacional, la obtención de los recursos necesarios para el desarrollo de los programas o proyectos objeto de este Convenio y de los Convenios Específicos que en su caso se firmen, para el supuesto de que dichos recursos no puedan ser aportados total o parcialmente por las partes.

SEXTA: CONFIDENCIALIDAD

Las partes guardarán confidencialidad respecto de las actividades materia de este Convenio, en los casos que se consideren necesarios o que expresamente se comuniquen las partes.

Asimismo, podrán utilizar libremente toda la información intercambiada en virtud del presente Convenio, excepto en aquellos casos en que la parte que la suministró haya establecido restricciones o reservas de su uso y difusión. En ningún caso podrá ser transferida por una de las partes a terceros, sin el consentimiento previo de la otra parte otorgado por escrito.

SÉPTIMA: DERECHOS DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Las partes convienen que la difusión objeto del presente convenio se realizará de común acuerdo. En los Convenios Específicos que se celebren, se deberá definir y precisar a quién pertenecerá la titularidad de la propiedad intelectual generada, en caso de no determinarlo se sujetarán a lo previsto en este instrumento.

La titularidad de los derechos de autor en su aspecto patrimonial corresponde a la parte cuyo personal haya realizado el trabajo que sea objeto de publicación, dándoles el debido reconocimiento a quienes hayan intervenido en la realización del mismo.

Las partes convienen que las publicaciones de diversas categorías (artículos, folletos, etc.) así como las coproducciones y difusión objeto del presente instrumento y los trabajos que se deriven de la ejecución de los convenios específicos, que sean susceptibles de protección intelectual, corresponderá a la parte cuyo personal haya realizado el trabajo objeto de protección, dándoles el debido reconocimiento a quienes hayan intervenido en la realización del mismo, por lo que gozarán, en lo que corresponda, de los derechos otorgados por las

leyes en materia de propiedad intelectual tanto en la República mexicana como en el extranjero.

En caso de trabajos generados y de los cuales no sea posible determinar el grado de participación del CENTRO UNIVERSITARIO DE IXTLAHUACA, A.C. y del INSTITUTO BRASILEÑO DE DERECHOS HUMANOS, la titularidad de la propiedad intelectual corresponderá a las dos en partes iguales, otorgando el debido reconocimiento a quienes hayan intervenido en la realización de los mismos.

Queda expresamente entendido que las partes podrán utilizar en sus tareas académicas los resultados obtenidos de las actividades amparadas por el presente instrumento.

OCTAVA: RELACIÓN LABORAL

Las partes convienen que el personal comisionado por cada una de ellas para la realización del objeto materia de este Convenio se entenderá relacionado exclusivamente con aquella que lo empleó. Por ende, asumirá su responsabilidad por este concepto y en ningún caso serán considerados como patrones solidarios o sustitutos.

Si en la realización de un programa interviene personal que preste sus servicios a instituciones o personas distintas a las partes, éste continuará bajo la dirección y dependencia de la institución o persona para la cual trabaja, por lo que su participación no originará relación de carácter laboral con el CENTRO UNIVERSITARIO DE IXTLAHUACA, A.C. ni con el INSTITUTO BRASILEÑO DE DERECHOS HUMANOS.

NOVENA: INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Las partes podrán utilizar toda la información intercambiada en virtud del presente Convenio, excepto en aquellos casos en que la parte que la suministró haya establecido restricciones o reservas de su uso o difusión. En ningún caso podrá ser transferida por una de las partes a terceros, sin el consentimiento previo de la otra, otorgado por escrito.

Asimismo, las partes convienen en que la propiedad intelectual que se derive de los programas y/o proyectos realizados, así como la información intercambiada al amparo del presente Convenio, quedarán sujetos a la legislación nacional aplicable de ambos países, así como a los tratados en materia de propiedad intelectual y de acceso a la información de los que México y Brasil sean parte.

DÉCIMA: VIGENCIA Y TERMINACIÓN ANTICIPADA

El presente Convenio tendrá una vigencia de cuatro años, contados a partir de la fecha de su firma y podrá ser prorrogado previa evaluación de los resultados obtenidos, mediante notificación escrita de la parte interesada, a menos que una de ellas comunique a la otra por escrito y con tres meses de antelación su intención de darlo por terminado.

Para el caso de terminación, ambas partes tomarán las medidas necesarias para evitar perjuicios, tanto a ellas como a terceros, en el entendido de que deberán continuar hasta su conclusión las acciones ya iniciadas.

DÉCIMA PRIMERA: MODIFICACIONES

Este instrumento podrá ser modificado o adicionado por voluntad de las partes; las modificaciones o adiciones obligarán a los signatarios a partir de la fecha de su firma.

DÉCIMA SEGUNDA: RESPONSABILIDAD CIVIL

Ambas partes están exentas de toda responsabilidad civil por los daños y perjuicios que se puedan derivar en caso de incumplimiento total o parcial del presente Convenio, debido a caso fortuito o de fuerza mayor, entendiéndose por esto a todo acontecimiento, presente o futuro, ya sea fenómeno de la naturaleza o no, que esté fuera del dominio de la voluntad, que no pueda preverse o que aún previéndose no pueda evitarse, incluyendo la huelga y el paro de labores académicas o administrativas. En tales supuestos las partes revisarán de común acuerdo el avance de los trabajos para establecer las bases de terminación.

DÉCIMA TERCERA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las partes manifiestan que el presente Convenio General de Colaboración es producto de la buena fe, por lo que realizarán todas las acciones que estén a su alcance y sean inherentes a su cumplimiento; sin embargo, en caso de que existan controversias deberán solucionarse por la Comisión de

Seguimiento y Evaluación a que se refiere la Cláusula Cuarta.

Leído que fue el presente instrumento y enteradas las partes de su contenido y alcances lo firman por duplicado en la ciudad de _____, a los _____ del mes de _____ de 2008.

POR EL INTITUTO BRASILEÑO DE DERECHOS HUMANOS

DR. CÉSAR OLIVEIRA BARROS LEAL
PRESIDENTE

POR EL CENTRO UNIVERSITARIO DE IXTLAHUANA A. C.

M. EN D. MARGARITO ORTEGA BALESTEROS
DIRECTOR GENERAL

TESTIGO **TESTIGO**

_____ _____

LAS FIRMAS QUE APARECEN EN LA PRESENTE HOJA CORRESPONDEN AL CONVENIO GENERAL DE COLABORACIÓN QUE CELEBRAN, POR UNA PARTE, EL CENTRO UNIVERSITARIO DE IXTLAHUACA A.C., Y EL INSTITUTO BRASILEÑO DE DERECHOS HUMANOS, EN FECHA 13 DE NOVIEMBRE DE DOS MIL OCHO.

INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ)

Jorge Arizmendi e Outros

Vs.
ESTADO DE CHUQUI
CONTESTAÇÃO
MEMORIAL
DO ESTADO DE CHUQUI
2008

ABREVIATURAS

Art. (s) - Artigo (s)

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

Carta da OEA - Carta da Organização dos Estados Americanos

Carta da ONU - Carta das Nações Unidas

Comissão - Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CORTE EDH - Corte Européia de Direitos Humanos

CORTEIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos

CORTE - Corte Interamericana de Direitos Humanos

Declaração Universal de 1948 - Declaração Universal dos Direitos do Homem

DIP - Direito Internacional Público

Doc. - Documento

Ed. - Edição

ONU - Organização das Nações Unidas

OEA - Organização dos Estados Americanos

SIDH - Sistema Interamericano de Direitos Humanos

p. - Página

§ - Parágrafo

ÍNDICE DE AUTORIDADES

Jurisprudência

Corte Interamericana de Direitos Humanos

CorteIDH. Caso James et. al. de 25.05.1999. (Trinidad e Tobago) Medidas Provisionais. Considerandos, 2, "e", p. 5.

CorteIDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Excepciones Preliminares. Julgamento em 26.05.1987. Série C, nº l, p. 11, pár. 58.

CorteIDH. Caso *Loyaza Tamaya vs. Perú.* Exceções Preliminares. Sentença de 31.01.1996, Série C, n° 25, § 40.

CorteIDH. Caso *Castillo Paez vs. Perú.* Exceções Preliminares. Sentença de 30.01.1996, Série C, n° 24, § 40.

CorteIDH. Caso *Neira Alegría y otros vs. Perú* Exceções Preliminares. Sentença de 11.12.1991, Série C, n° 13, § 29.

CorteIDH. Caso *Genie Lacayo*, Solicitud de Revisión de la Sentencia de 29.01.1997. Resolución de 13.09.1997, Voto Concorrente do Juiz A. A. Cançado Trindade, Série C, nº 45, par. 7.

CorteIDH. *Caso Cantos vs*. Argentina. Exceções Preliminares. Sentença de 7 de setembro de 2001. Série C, nº 85, § 21.

CorteIDH. *Caso Constantine y otros vs*. Trinidad y Tobago. Exceções Preliminares. Sentença de 1° de setembro de 2001. Série C, nº 82, § 69 e 72.

CorteIDH. *Caso Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago.* Exceções Preliminares. Sentença de 1° de setembro de 2001. Série C, nº 81, § 70 y 73.

CorteIDH. *Caso Hilaire Vs. Trinidad y Tobago.* Exceções Preliminares. Sentença de 1 de setembro de 2001. Série C, nº 80, § 78 e 81.

CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Peru.* Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C, nº *55, § 35.*

CorteIDH. Caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C, nº 54, § 36.

CorteIDH. *Caso do Tribunal Constitucional vs. Perú*. Julgado em 18.08.2000. Série C, nº 69, § 71.

CorteIDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/03. Resolução de 17 de setembro de 2003.

CorteIDH. *A expressão 'leis' no artigo 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos*. Opinião Consultiva OC-6/86. Resolução de 9 de maio de 1986.

CorteIDH. O *habeas corpus em suspensão de garantias*. Opinião Consultiva OC-8/87. Resolução de 30 de janeiro de 1987.

CorteIDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentença de 8 de julho de 2004. Voto dissidente da Juíza Medina Quiroga. Série C, nº 110.

CorteIDH. *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colômbia*. Sentença de 8 de dezembro de 2005. Série C, nº 22.

CorteIDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Julgamento em 25.1 1.200. Série C, nº 70, p. 88, par. 212.

CorteIDH. Caso *Garotos de Rua*. Julgamento em 26.01.2001. Série C, nº 77,. p. 50, par. 226.

CorteIDH. Case *Velásquez Rodriguez*. Julgamento em 21.06.89. Série C, nº 110, par. 117.

CorteIDH, Assunto da prisão Urso Branco. Julgado em 07.07.04. Medidas Provisionais (Brasil), pp. 5 e 6, par. 14 e 16.

CorteIDH. *Caso Velásquez Rodriguez vs. Honduras*. Julgamento em 21.06.89. Série C, nº 70, par. 37, 38 e 39, p. 10.

CorteIDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Julgamento em 21.06.89. Série C, nº 80, par. 37, 38 e 39, p. 10.

Corte Internacional de Justiça / Corte Permanente de Justiça Internacional.

Corte Internacional de Justiça, caso *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of América vs. Italy)*. Julgamento em 20.07.89. pár. 50; e ECHR, application n. 24559/94 *(Gibas vs. Polony)*.

Corte Européia de Direitos Humanos

Corte EDH. Caso *Ahmet Sadik versus Grécia*, Julgamento de 15.11.1996, pp. 17-19.

Corte EDH. Caso *Granger,* Julgamento de 28.03.1990, pp. 10-11 e 16 (parágrafos 38, 41 e 56).

Corte EDH. Caso *Bozano,* Julgamento de 18.12.1986, pp. 14-15 e 24 (parágrafos 44, 47 e 66).

Corte EDH. Caso *Foti,* Julgamento de 10. 12.1982, pp. 13-14 e 21 (parágrafos 46, 48-49 e 80).

Corte EDH. Caso *De Jong, Baljet e van der Brink,* Julgamento de 22.05.1984, pp. 13-14 e 25 (parágrafos 34-38 e 65).

Corte EDH. Caso *Granger,* Julgamento de 28.03.1990, pp. 10-11 e 16 (parágrafos 38, 41 e 56).

Corte EDH. Caso *Bricmont,* Julgamento de 07.07.1989, pp. 21 e 27 (parágrafos 73 e 104).

Corte EDH. Caso *Ártico,* Julgamento de 13.05.1980, pp. 8-10 e 17 (parágrafos 24-25, 28 e 48).

Corte EDH. Caso *Corigliano,* Julgamento de 10.12.1982, pp. 8-9 e 15 (parágrafo 29 e 53).

Corte EDH. Caso *Guerra and others vs. Italy*. Julgamento em 19.02.1998. Grand 13 Chamber. Opinião concorrente do Juiz Walsh. p. 22, par. 2.

Corte EDH. *Caso Airey vs. Ireland*. Julgado em 9.10.79. Série A, vol. 32, p. 125, par. 26.

Corte EDH. Caso *Osman vs. United Kingdom*. Julgado em 28.10.1998, Série A, n. 1050, par. 115.

Corte EDH. Caso *Buckley v. the United Kingdom*. Julgamento em 25.09.1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-IV,* p. 1293, par. 77.

Corte EDH. Caso *Hatton and others vs. United Kingdom*. Julgamento em 2.10.2001. Seção 3. Voto parcialmente dissidente do Juiz Greve, p. 33, par. 10.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Caso nº 9260 (Jamaica), IACHR, Annual Report - 1987-1988, pp. 161-162, e cf. pp. 159-160.

Caso n. 10.208 (República Dominicana), IACHR, Annual Report - 1988-1989, p. 123. cf. pp. 99-104; 116-11 8; e 124-126.

Resoluções da Assembléia Geral

32/130, 39/145, 43/133, 43/114 e 43/125.

Suprema Corte de Justiça Norte Americana.

Caso *New York State Board Election vs. López Torres et al.*. Opinião da Corte, II, A, 08 p. 6. Julgamento em 16.01.08. N° 06-766. 522 U.S. - 2008.

Suprema Corte Constitucional da África do Sul

Caso *Grootboom vs. Governo da África do Sul,* 2000. p. 33; par. 41.

Doutrina

Artigos

PETITOT, Patrick. *A responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação de direitos humanos: o pagamento de reparação.* Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Vol. 7, nº 7. Ceará: Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2006/2007.

CASSEL, Douglas. *The expanding scope and impact of reparations awarded by the Inter-American Court of Human Rights.* Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Vol. 7, nº 7. Ceará: Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2006/2007.

GALLI, Maria Beatriz. A *responsabilidade internacional do Estado segundo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisprudência internacional.* In: *O Sistema Interamericano de Proteção dos direitos humanos e o Direito Brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Livros

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos.* Vol I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar.* 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARMENTO, Daniel. A dimensão *objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. in: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey. *2003.*

JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual* civil. Vol l. 15 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2006.

BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral.* Vol 1. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência e glossário.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil - teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo.* 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. T*ratado de direito internacional dos direitos humanos.* Vol. II. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

REGINFO, Carlos Vincente de Roux. *La proteción judicial de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano.* In: *Rumos do Direito internacional dos Direitos Humanos:* Estudos em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2005, Tomo III.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 7 ed. São Paulo: Saraiva.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Nova ed. Rio de Janeiro: Elseiver, 2004.

Declaração do Rio 92

Conferência da Terra (ECO 92)

Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Convenção Sobre os Direitos da Criança

Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Incapacidades

Senhor Secretário-Geral da Corte Interamericana de Direitos Humanos,

O Estado de Chuqui vem a essa Honorável Corte, por meio deste memorial, fundamentado no art. 63.1 do Regimento Interno da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante "a Comissão), apresentar a presente contestação referente ao caso Jorge Arizmendi e outros Vs. Estado de Chuqui, a fim de que seja declarada a improcedência do pedido de responsabilidade internacional do Estado de Chuqui, solicitado pela Comissão, com base nas supostas violações doa artigos 1.1. 2, 4, 5, 8, 17, 19, 21, 25 e 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante "CADH"). Ao ensejo informamos que todos os anexos ao presente memorial seguirão por

meio do correio diplomático. Com a expressão de nossa mais elevada consideração e renovando a afirmação do nosso mais candente respeito aos Direitos Humanos, subscrevemo-nos.

Respeitosamente.

Embaixador do Estado de Chuqui acreditado na Costa Rica.

I - EXPOSIÇÃO DOS FATOS

Sobre o Estado de Chuqui

Apesar de ter alcançado sua independência em 1907, o Estado de Chuqui só se democratizou em 1988, ano de morte da última ditadura que assolou o país. Desde sua independência, vivenciou quatro golpes de estado (habitualmente capitaneados por militares) os quais compartilharam como razão e conseqüência o descontentamento popular com as péssimas condições de vida.

Marcado por restrições às liberdades públicas, violenta perseguição aos opositores, e fraca ênfase às políticas de desenvolvimento, esses períodos deixaram cicatrizes indeléveis na estrutura estatal, na economia e na sociedade local.

Com a chegada da democracia ao poder por meio da eleição da coalizão política Novo Renascer, a qual congregava uma pluralidade de partidos políticos, a população passou a experimentar uma gradual melhora nos padrões de vida.

Ao adotar uma política de ampla abertura e desregularização econômica para atrair investimentos estrangeiros (segundo recomendações do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial), o governo conseguiu atrair diversas empresas internacionais e consequentemente reavivar a economia de Chuqui. Desde 1990 os investimentos estrangeiros aumentaram, o desemprego diminuiu mais de 14 pontos (hoje chega a ser de cerca de 7,5%) e a renda anual per capita cresceu em mais de mil dólares. Tais melhorias propiciaram um aumento na arrecadação tributária do Estado, permitindo-lhe realizar maiores investimentos na infra-estrutura de transportes, na educação primária, na saúde (com especial destaque para cuidados com crianças e idosos), entre outras áreas.

Mesmo com o visível crescimento, o Estado segue lidando com as limitações próprias de uma economia baseada principalmente na exportação de produtos primários (açúcar, café e banana) e que conta com pouca credibilidade no cenário internacional tendo em vista sua apenas recente estabilização tanto política quanto econômica (vale ressaltar que Chuqui não compõe nenhum dos blocos econômicos regionais o que acaba por enfraquecer ainda mais sua já frágil economia). Posto este quadro deve-se lembrar que de uma população estimada em 15 milhões de pessoas, cerca de 40% vive em condições de pobreza e 15% em condições de extrema pobreza.

A euforia democrática se fez acompanhar da adoção de uma posição internacional de grande respeito pelos direitos humanos, demonstrada pela ratificação entre 1988 e 1992 de todas as convenções da ONU e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos concernentes à proteção destes direitos. Os princípios destes instrumentos passaram a pautar as atitudes do Estado de Chuqui tanto no âmbito nacional quanto internacional.

Os fatos do caso

O Dr. Juan Baptista, diretor do hospital público de Kinkili, capital de Chuqui, ao ser informado pelo encarregado do Departamento de Pediatria acerca da morte de 4 crianças entre junho e novembro de 1998, criou uma rede de informações com vistas à que lhe fosse notificado qualquer caso que guardasse relações com as ocorridas mortes. O único elo entre as crianças falecidas era a presença de alto índice de mercúrio e outros agentes químicos no sangue.

Em dezembro de 1999, tendo percebido a morte de mais 3 crianças, 5 adultos e a internação de 30 pessoas, todos por causa de contaminação por mercúrio e outras substâncias químicas, o diretor do hospital enviou comunicação ao Ministro de Saúde relatando os acontecimentos. No dia 8 de fevereiro de 2000 o Ministro da Saúde criou uma Comissão Técnica *Ad Hoc* exclusivamente com a função de identificar a causa comum das mortes. Ao fim do prazo estabelecido de 3 meses, a Comissão apresentou relatório concluindo que as mortes assim como as demais internações foram causadas por intoxicação com mercúrio e outros agentes químicos lançados no ambiente por origem desconhecida.

No dia 1° de junho de 2000, o Ministro da Saúde solicitou a apuração do local de origem da contaminação junto com o Ministro do Meio Ambiente, o qual imediatamente incumbiu o Inspetor Ambiental do ministério de determinar a fonte e formular recomendações pertinentes.

No dia 5 de janeiro de 2001, após extensiva, pormenorizada e exaustiva investigação, o Inspetor afirmou em seu relatório final que a contaminação provavelmente teria advindo dos resíduos químicos despejados pela empresa Androwita S.A. sobre propriedades adjacentes à fábrica. Tais

resíduos teriam entrado em contato com o lençol freático e consequentemente vieram a contaminar indiretamente as áreas por ele abarcadas. Recomendou, com base em suas conclusões, a instauração de processo administrativo sumário contra a empresa, sugestão esta prontamente acatada pelo Ministro do Meio Ambiente. O prefeito de Kinkili ao tomar conhecimento do processo também comprometeu-se em acompanhá-lo.

A 30 de março de 2001 o Ministério da Saúde, informado mais uma vez pelo voluntarioso diretor do hospital público municipal, noticiou 4 novas mortes e 14 internamentos, desde a época da primeira comunicação.

Em 12 de julho de 2001, encerrou-se o processo administrativo sumário. O processo indicou que a empresa Androwita S.A. realmente era responsável pela contaminação e, portanto, recomendava o fechamento da mesma além de aplicação de uma multa no valor de 25 mil dólares.

A companhia Androwita S.A. é uma empresa americano-canadense instalada em Chuqui desde 1992. Conhecida internacionalmente pela qualidade de seus produtos e pela sua responsabilidade ambiental, a empresa apresentou tanto o estudo de impacto ambiental que lhe garantia viabilidade ecológica quanto todos os outros requisitos para que lhe fossem concedidas as licenças necessárias para sua operação segundo altos padrões. A empresa emprega 1800 pessoas e desenvolve importante papel no cenário econômico de Chuqui.

Tendo em vista a pronta disposição da empresa em pagar a multa, adotar medidas impeditivas de contaminação (contaminação a qual alegava não ter tido conhecimento anterior) e promover um programa nacional, juntamente com o Estado de Chuqui, visando conscientizar a todos da importância de viver em um mundo livre de poluição, o Ministro do Meio Ambiente suspendeu por 2 meses a decisão de fechar a empresa sob a condição de que ela adotasse todas as medidas necessárias para que, ao final do prazo, estivesse capacitada a operar sem causar qualquer dano ao meio ambiente. Realizou-se a inspeção e seus resultados foram considerados suficientes para permitir que a fábrica voltasse a funcionar. Em 30 de agosto, a empresa já atuava com novo sistema de despejo de resíduos.

A partir de 2 de agosto de 2001, os Ministérios da Saúde e Meio Ambiente e a Municipalidade começaram a campanha pública para informar a população, financiada conjuntamente pela empresa Androwita S.A.

A organização não governamental "Por um Mundo Limpo", através da mídia e não por meio dos instrumentos administrativos ou judiciais devidos, passou a exortar os Ministérios da Saúde e Meio Ambiente, bem como a Municipalidade a determinarem o fechamento da companhia Androwita S.A., e conclamou a população a se manter em alerta para, a qualquer sinal de intoxicação, dirigir-se aos hospitais públicos. Tais ações irresponsáveis assumiram um caráter panfletário e alarmista, uma vez que a empresa e o governo, através de seu programa de conscientização, já haviam informado a população tanto sobre a contaminação quanto sobre as medidas a serem tomadas caso sintomas viessem a aparecer.

A Defensoria Pública de Chuqui, por sua vez, se manifestou no sentido de se assegurar junto às autoridades competentes que as medidas cabíveis estavam sendo cumpridas.

Apenas no dia 30 de outubro de 2001 a ONG "Por um Mundo Limpo" apresentou uma denúncia criminal à Procuradoria buscando fazer efetiva somente a responsabilidade da empresa quanto às 21 mortes e 61 internações que haviam acontecido até aquele momento em razão da contaminação de mercúrio e outras substâncias químicas. No mesmo dia, propôs-se uma ação cível para se obter indenizações por danos e prejuízos às vítimas de contaminação e suas respectivas famílias.

O Promotor de Justiça imediatamente procedeu as diligências devidas e em 20 de julho de 2002 apresentou acusação contra o Gerente Geral e o Engenheiro de Gestão de Resíduos da empresa Androwita S.A., os quais teriam por negligência causado 21 morte e 61 hospitalizações, incorrendo em homicídio culposo.

O Tribunal Penal de Chuqui no dia 5 de dezembro de 2003, depois de cumpridas todas as exigências de um devido processo legal, decidiu pela condenação a 2 anos de privação de liberdade do Engenheiro de Gestão de Resíduos e pela absolvição do Gerente Geral, face ao demonstrado cuidado deste em não contaminar e não produzir danos a terceiros. A ONG interpôs recurso contra a sentença do colendo órgão, todavia esta foi mantida pela Corte de Apelação em 20 de fevereiro de 2004.

O Judiciário de Chuqui, cumprindo novamente a fundamental obrigação de garantir a todos o desenvolvimento de um devido processo legal, em 30 de março de 2004 por meio de sentença prolatada pelo juiz cível reconheceu a responsabilidade da empresa Androwita S.A. pela contaminação e pelas conseqüentes mortes e internações. A companhia foi condenada a pagar

indenização no valor de 5 mil dólares para cada família das vítimas falecidas e 2 mil dólares àqueles que foram hospitalizados (determinação esta já cumprida pela empresa). Ficou ainda obrigada a limpar a área contaminada dentro do prazo de 6 anos (em curso). Mais uma vez insatisfeita, a ONG teve seu direito a um recurso respeitado e cumprido, porém a sentença da instância inferior foi confirmada pela Corte de Apelação no dia 30 de abril de 2004, ao concluir que a mesma se ajustava ao Direito.

Recorrendo à imprensa, em conformidade com seu respeitado direito de livre expressão, a organização "Por um Mundo Limpo" insultou o Estado de Chuqui ao afirmar que as sentenças resultantes do respeito ao devido processo legal seriam ridículas e que por elas o Estado se mostrava tolerante para com a impunidade de crimes cometidos por poderosos conglomerados internacionais, e destarte recorreria ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos em busca de uma justiça eficaz nesse caso e para evitar que fatos similares se repetissem.

Procedimentos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

No dia 1º de junho de 2004, a ONG "Por um Mundo Limpo" apresentou diante da Comissão denúncia contra o Estado de Chuqui pelas supostas violações dos artigos 11, 2, 4, 5, 8, 17, 19, 21, 25 e 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos as quais teriam acontecido em meio ao tratamento estatal dado ao caso da contaminação do Sr. Jorge Arizmendi que juntamente com outras 20 pessoas veio a falecer, e de mais 61 pessoas, as quais foram hospitalizadas em razão da dita contaminação.

A Comissão se pronunciou pela admissibilidade do caso. O Estado objetou desde o primeiro momento que a peticionária não esgotou os recursos internos de modo que não lhe assistiria o direito de procurar um provimento judicial no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

O Estado ainda levantou o argumento de que a questão era entre particulares e que por isso não lhe geraria responsabilidade internacional.

O Estado se mostrou contrário também à inserção de 14 novas pessoas (4 mortos e 10 internados) na demanda, uma vez que para estas, ao tempo de sua inclusão, nem mesmo fora iniciado procedimento judicial interno.

Completada a tramitação de acordo com a Convenção Americana e o Regulamento da Comissão, admitiu-se o caso para apreciação da Corte Interamericana quanto à violação de supramencionados artigos pelo Estado.

II - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado de Chuqui, desde que se tornou democrático, vem tentando ao máximo se adaptar às exigências de uma economia capitalista globalizada e dinâmica, ao mesmo tempo em que procura superar os limites impostos por sua posição histórica, política, econômica e geográfica. Mas independentemente de qualquer óbice, o demonstrou seu alto apreço pelos direitos humanos ao ratificar todos os tratados dos sistemas global e regional de proteção dos mesmos.

Diante disso o Estado reconheceu a jurisdição da Corte IDH, fazendo-o, contudo, ciente de que esta Honorável Corte se guia pelos mais altos valores morais e os mais humanistas ditames jurídicos, e que entende as limitações de ordem prática a que se adstringe um Estado como Chuqui. Restará claro que não houve violação alguma por parte do Estado dos direitos a que se comprometeu respeitar, que na verdade, Chuqui fez tudo que era possível ao seu alcance para que estes direitos, em momento algum, quedassem descobertos.

III - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES AO MÉRITO: DO NÃO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS (Art. 46, a, da CADH)

Preliminarmente revela-se imprescindível lembrar que internamente foi promovido um processo administrativo, e em seguida, dois processos judiciais, pautados desde o início pelo amplo respeito às regras guiadoras do devido processo legal, resultando, assim, em decisões material e formalmente válidas.

Apesar de ter recorrido ao Judiciário e este lhe ter respondido em prazo razoável (entre o início do processo penal e a decisão da Câmara de Apelação transcorreram apenas 1 ano e 7 meses, e na área cível o período compreendido entre os mesmos marcos foi de somente 2 anos e 6 meses), a peticionária se reservou ao direito de não interpor recurso à Suprema Corte de Chuqui. e por conseguinte não esgotou todos os recursos internos (em desacordo com o artigo 46, alínea *a* do Pacto de San Jose).

Segundo ensina o sempre brilhante mestre Cançado Trindade:

> "O dever de provimento pelos Estados Partes de recursos internos eficazes, imposto pelos tratados de direitos humanos, constitui o necessário fundamento no direito interno do dever correspondente dos indivíduos reclamantes de fazer uso de tais recursos antes de levar o caso aos órgãos internacionais."

Ademais, a conclusão precipitada à que chegou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos de responsabilizar o Estado de Chuqui por outras 4 mortes, ocorridas entre os anos de 2000 e 2002 e 10 hospitalizações entre 2000 e 2001, as quais não foram completamente discutidas em âmbito interno, é reprovável. Há que se ter em mente que quanto a estas mortes e internações ainda corre um processo judicial, posto que tais fatos só chegaram ao conhecimento do Promotor de Justiça após a sentença emitida pelo juiz. O Promotor então, diletantemente, deu início às ações condizentes ao caso dessas outras pessoas.

Em importante precedente (caso *Ahmet Sadik versus Grécia)*, a Corte Européia de Direitos Humanos se considerou incapaz de julgar mérito de determinado caso, por não ter havido esgotamento prévio de recursos internos, revertendo assim uma decisão de admissibilidade da Comissão.

Portanto, não foram interpostos todos os recursos nem esgotados os recursos internos, pois para o caso dos 21 mortos e 61 internados restava a opção de recurso à Suprema Corte, e para o caso dos 4 falecidos e 10 hospitalizados, incluídos *a posteriori* pela Comissão, resta aguardar decisão do judiciário nacional.

O Estado de Chuqui, por sua vez, tem reiterado e satisfatoriamente cumprido seu dever de prover recursos internos eficazes tal como se depreende dos fatos já colocados.

Por ter alegado o não esgotamento e não interposição de recursos ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos durante o processo por ela instaurado, não se realiza para o Estado o princípio do *stoppel.*

O Estado de Chuqui, portanto, pugna que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não conheça do caso em tela, solicitando a declaração de inadmissibilidade da demanda por descumprimento do estabelecido no artigo 46, alínea *a*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo o qual faz-se necessário que hajam sido interpostos e esgotados todos os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional.

IV - MÉRITO

A - DA DEFERÊNCIA À OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS E LIBERDADE RECONHECIDOS NA CONVENÇÃO (Art. 1° da CADDH) E AO DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES INTERNAS PERTINENTES (Art. 2° da CADH)

O Estado de Chuqui ao reconhecer a competência desta Honorável Corte conseqüentemente reconheceu a possibilidade de vir a ser considerado responsável por ato ou omissão caracterizadora de violação dos direitos e garantias protegidos pelo Pacto de San José, tal como preceitua o primeiro artigo do dito pacto.

O caso em análise, entretanto, não se enquadra neste contexto porque o problema que o motiva é de ordem privada, isto é, envolve única e exclusivamente dois grupos de particulares, quais sejam, a empresa Androwita S.A. e as famílias dos 21 mortos e os 61 hospitalizados por contaminação com mercúrio e outras substâncias químicas.

Importante trazer à lembrança a consagrada construção jurisprudencial da doutrina do *state action*, promovida no âmbito da Suprema Corte Norte Americana.

Esta teoria defende que as normas constitucionais, aí incluídas as consagradoras dos direitos fundamentais, vinculam apenas o Estado e não aos particulares (excetuada, por óbvio que seja, a 13ª Emenda, a qual veda a escravidão).

Finalmente, tal assunto não pode passar sem a síntese precisa do outrora magistrado na Corte Internacional de Justiça, professor Francisco Rezek, o qual assevera: "a ação *hostil de* particulares *não compromete, por si mesma, a responsabilidade internacional do Estado."*

Quanto ao artigo 2° da Convenção, este resta inequivocamente respeitado considerando-se que os tratados internacionais de direitos humanos formam parte do bloco de constitucionalidade do Estado de Chuqui. Ainda a legislação infraconstitucional ambiental traz os parâmetros mínimos de regulação de atividades potencialmente poluentes e prevê o estudo de impacto ambiental como instrumento avaliador destas atividades antes de sua implementação. Não suficiente, é de se sublinhar que o direito de viver em um meio ambiente saudável tem reconhecimento claro na Constituição.

B - DO RECONHECIMENTO DOS FATOS SEM A RESPONSABILIDADE ESTATAL PELA VIOLAÇÃO AO DIREITO À VIDA (Art. 4° da CADH) E AO DIREITO DE INTEGRIDADE PESSOAL (Art. 5° da CADH)

O Estado de Chuqui reconhece os fatos da demanda da Comissão no que se refere à morte das 21 pessoas e a hospitalização de outras 61, ocorridas entre 1998 e 2001, devido à contaminação com mercúrio e outros agentes químicos contaminadores.

Reconhece ainda que a fonte das contaminações era o destino dado aos dejetos residuais da empresa Androwita S.A..

É lamentável que a irreversibilidade do tempo decorrido impeça que medidas sejam tomadas no sentido de evitar os trágicos acontecimentos que nos trazem diante desta Honorável Corte.

As mortes e danos à integridade física já ocorreram e são agora irreversíveis. Porém, há que se lembrar que no âmbito nacional, todas as atitudes devidas foram adotadas com vistas a, dentro do possível, reparar os danos causados por tais perdas.

Indenizações foram pagas, tratamentos médicos iniciados, programas de conscientização pública implementados e sanções penais determinadas, em um contexto de medidas cabíveis e juridicamente exigíveis.

As vítimas voluntariamente optaram por não interpor recurso perante a Suprema Corte, assim como renunciaram novas indenizações ao aceitarem o pagamento realizado pela empresa.

Ademais, esta Honorável Corte não pode ser confundida com um Tribunal de Apelação ou uma quarta instância recursal, ainda mais em casos em que as decisões proferidas no âmbito nacional se encontram garantidas pela coisa julgada. Deve-se pelo princípio da subsidiariedade, indispensável na prática do direito internacional de direitos humanos.

"Finalmente, de acordo com o direito internacional geral, a Corte não tem o caráter de tribunal de apelação ou de cassação dos organismos jurisdicionais de caráter nacional. Sua competência restringe-se a apontar as violações processuais dos direitos consagrados na Convenção que tenham causado prejuízo às pessoas, porém carece de competência para sanar as violações no âmbito interno."

Deste modo, este tema resta resolvido prescindido de atuação da Corte.

C - DA GARANTIA PELO ESTADO DOS ARTIGOS 8º E 25 DA CONVENÇÃO

O artigo 8º, o qual versa sobre garantias judiciais, tutela em grande parte a figura do acusado, sobretudo no âmbito penal[3]. Independentemente dessa clara ênfase podemos listar os parágrafos 1° e 10° como previsões de garantias mais amplas, extensíveis virtualmente a todos que compõem uma lide.

O parágrafo 1° estabelece as garantias de um prazo razoável, juiz natural e de um judiciário independente e imparcial, enquanto o 10° prevê a exigência de disponibilidade de recurso a tribunal ou juiz superior (princípio do duplo grau de jurisdição).

O artigo 25, por sua vez, encontra-se inelutavelmente ligado ao artigo 8°, principalmente quando o parágrafo 1° exige recurso simples, rápido e efetivo, conjugando assim as exigências de existência de recurso e de prazo razoável. Além disso, o artigo em estudo também determina que as autoridades competentes desenvolvam a possibilidade de recurso, decidam sobre os mesmos, bem como cumpram as decisões provenientes desta esfera.

Três linhas gerais podem ser extraídas dessa análise, quais sejam: o interesse em se proteger o direito de ser julgado por autoridade pré-constituída (juiz natural); possibilidade de recurso (princípio do duplo grau); e eficácia e eficiência do recurso em tempo razoável (mais uma vez o princípio do duplo grau agora combinado com a razoabilidade temporal de seu provimento).

"O direito a um processo dentro de um prazo razoável significa assegurar o seu desenvolvimento regular, pois dilações ou procrastinações indevidas, que retardam o julgamento definitivo do processo, representam denegação de justiça e, por óbvio, violação a esse dispositivo." Quanto à razoabilidade do tempo do processo, não há que se questionar a conduta do Estado de Chuqui.

O Estado movimentou o Judiciário de modo que em cerca de 2 anos, cada um dos processos já havia sido concluído, passando mesmo pelo crivo da Corte de Apelação.

"O juiz deve ser alguém estranho às partes, sob pena de se desobedecer o princípio do juiz natural, que exige não só um órgão com competência constitucional pré-estabelecida, mas também

um juiz imparcial, sob pena de se violar a garantia do processo justo."

Os juízes responsáveis pelas causas no âmbito civil e penal se mostraram cumpridores do preceito do juiz natural. Ambos foram constituídos em seus cargos previamente e não possuíam qualquer interesse pessoal nas causas que pudesse vir a corromper a decisão a que chegaram, tanto é assim que as sentenças foram mantidas em sede recursal.

Na área penal, o magistrado se balizou claramente pelo princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso *(Verhältnismässigkeit; Übermassverbot)*. Tal preceito prega que, na relação entre crime e pena, deve haver um equilíbrio abstrato (legislador) e concreto (judicial) entre a gravidade do injusto e a pena aplicada. Uma vez o tipo penal calculando sanção entre 1 e 5 anos para a infração do Engenheiro de Resíduos, a cominação da pena em 2 anos de privação de liberdade resta razoável e proporcional dentro dos padrões legais locais. A absolvição do Gerente Geral, por seu turno, acertadamente se motivou no seu desconhecimento e premente boa vontade em remediar os danos causados pela negligência do engenheiro.

O juízo cível guiou-se pelo consagrado princípio do poluidor pagador para incutir sobre a empresa as indenizações. Como explica Edis Milaré, "*este princípio visa imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada."* A indenização, não se pode olvidar, não se resumiu ao pagamento às vítimas e seus familiares e à limpeza da área, mas engloba ainda as decisões administrativas à que ficou vinculada a empresa e as quais tem cumprido honradamente.

Quanto ao direito de recurso (princípio do duplo grau de jurisdição), não há dúvida quanto a sua importância tanto para o cumprimento do devido processo quanto para a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Estritamente, no decorrer do processo judicial o direito de recurso garante à parte que sua pretensão poderá ser conhecida e julgada por dois distintos magistrados, caso ela não se conforme com a decisão. Assegura-se assim a adequação da sentença à norma legal e a independência dos órgãos judiciários.

Assevera-se ainda que o *"principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. (...) É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciárias. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição."* Desse modo, o princípio se revela dentro do esquema de pesos e medidas que garantem a constitucionalidade da ação do Poder Judiciário.

Na sempre precisa e fundamental lição do mestre Cançado Trindade:

"O direito a um recurso simples, rápido e efetivo ante os juízes ou tribunais nacionais competentes (...) representa um dos pilares básicos do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática."

Este último direito foi plenamente concedido às vítimas e seus familiares, porém apenas parcialmente exercitado. Cabe aqui a responsabilidade daqueles por terem se reservado o direito de não seguir todos os meios de recurso aos quais tinham acesso. Mais uma vez, à esteira do pensamento do professor Cançado Trindade, anotamos que tal direito não pode ser executado de ofício pelo Estado. Exige-se antes que as vítimas e seus familiares demonstrem o seu interesse em nova provisão judicial. É previsto e garantido, mas demanda ação dos interessados, do contrário ocorre preclusão. Admite-se assim que de maneira tácita, as vítimas voluntariamente renunciaram ao seu exercício.

"O dever de provimento pelos Estados Partes de recursos internos eficazes, imposto pelos tratados de direitos humanos, constitui o necessário fundamento no direito interno do dever correspondente dos indivíduos reclamantes de fazer uso de tais recursos antes de levar o caso aos órgãos internacionais."

D- ESCLARECIMENTOS ACERCA DA SUPOSTA VIOLAÇÃO DA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA (Art. 17 da CADH) E DOS DIREITOS DA CRIANÇA (Art. 19 da CADDH)

As supostas violações dos artigos 17 (proteção da família) e 19 (direitos da criança) só podem ser examinadas através de um estudo combinado de ambos os artigos. Essencialmente pode-se afirmar que a proteção à família visa resguardar a constituição e manutenção de entidade familiar (esta entendida na sua acepção mais ampla) ao passo que a previsão de direitos da criança almeja salvaguardar todas as liberdades e garantias envolvidas no saudável processo de crescimento da pessoa humana.

Observada sob o fundo do caso concreto, as acusações de desrespeito a estes direitos revelam-se na verdade uma acusação de violação do amplo direito à vida (artigo 4° da Convenção), especificamente, porém sob a ótica da proteção à criança e à família.

A proteção à família e os direitos da criança são duas características que receberam especial atenção na redação da Convenção. Foram ressalvados em artigos separados posto que nem sempre sua violação poderia ocorrer implicando o direito à vida. Entretanto este não é o caso aqui. O direito à vida provavelmente teria sido desrespeitado de forma a sequer citar os direitos em tela. Ademais, cumpre salientar que os fatos não se direcionaram especificamente a afetar a entidade familiar e pessoas pueris.

Uma vez esclarecida que a alegação de descumprimento dos direitos encerrados nos artigos 17 e 19 da Convenção se perfazem em realidade na postulada violação do direito à vida, não pode ser outro o argumento a ser exposto se não o outrora assinalado, ao qual agora nos remetemos. Destarte o Estado de Chuqui, mais uma vez, reconhece e lamenta os danos ocorridos, mas ratifica que todas as medidas pertinentes foram tomadas em âmbito interno, não restando nenhum ponto do tema a ser abordado em sede internacional.

E - DA NÃO VIOLAÇÃO AO DIREITO À PROPRIEDADE (Art. 21 da CADH)

O artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos procura proteger o direito ao uso e gozo da propriedade. Prevê, outrossim, que sua privação só ocorra diante de pagamento prévio de justa indenização e condiciona como único motivo aceitável para tal privação o interesse social ou utilidade pública.

Nessa esteira, a acusação torna-se invalidada posto que, como se explicou alhures trata-se de caso em que a responsabilidade dos particulares já foi devidamente examinada em âmbito nacional.

O Estado de Chuqui reconhece que houve lesão à propriedade das pessoas contaminadas e seus familiares e internamente iniciou e concluiu, satisfatoriamente, procedimentos para averiguar e reparar, dentro do possível, tais danos.

A área afetada atualmente se encontra em recuperação graças à pronta ação estatal.

Sanções e indenizações foram prontamente cominadas e cumpridas. Esgotados eficientemente os recursos internos, no limite do interesse das vítimas e seus familiares, não há mais que se falar em responsabilidade do Estado nesse tópico.

F - PRINCÍPIOS DA PROGRESSVIDADE E DA RAZOABILIDADE: DA NÃO VIOLAÇÃO DO ARTIGO 26 DA CONVENÇÃO

A previsão dos direitos econômicos sociais e culturais se faz acompanhar do princípio da progressividade de sua aplicação. São exemplos disso o artigo 26 do Pacto de San José; o artigo 2° do Protocolo de San Salvador; o artigo 2°, § 1° do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o artigo 4° da Convenção Sobre os Direitos da Criança; o artigo 4°, § 2° da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Incapacidades, entre outros.

Como explica o Informe do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, de 25 de junho de 2007:

"...una razón fundamental para definir las obligaciones relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales en términos de su realización progresiva fue reconocer que en muchos países, debido a la escasez de recursos, la plena realización de esos derechos sólo podría lograrse a lo largo de un período de tiempo."

As palavras candentes dos documentos internacionais de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais guardam necessária condição com o caráter progressivo de cumprimento dos mesmos. Tais direitos têm seu cumprimento submetido à capacidade própria de cada Estado de realizá-los, tal capacidade por sua vez, está irremediavelmente entrelaçada à história e tradições que formam o Estado.

Não se procura negar aqui, em momento algum, a indivisibilidade e inter-relação que encerram o conjunto dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, no entanto é importante sublinhar que alguns direitos têm de ser exigidos com mais cautela do que outros.

"La diferencia entre las dos clases de derechos mencionados son, pues, una cuestión de grado. Con todo, se reconoce que la gradualidad es, en términos generales, más propia de los DESC que de los derechos civiles y políticos"

A progressividade é *"un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el segurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales* y *culturales."*

O Estado de Chuqui se comprometeu, diante de diversos tratados internacionais, a garantir e respeitar os direitos econômicos, sociais e culturais tendo em conta que por características intrínsecas à sua formação lhe seria impossível cumprir todos de maneira plena e imediata ato contínuo à assinatura de ditos instrumentos. Algo que a despeito de ser almejável é irrealizável.

Talvez esse embate entre o possível e o desejável tenha melhor tradução no sábio ensinamento do professor Norberto Bobbio:

"O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político."

Impossível nesta linha, deixar de trazer à luz a importante tese da razoabilidade *(reasonableness)* construída pela jurisprudência da Corte Constitucional da África do Sul. A teoria é exposta da seguinte forma:

"A court considering reasonableness will not enquire whether other more desirable or favorable measures could have been adopted, or *whether public money could 11ave been better spent. The question would be whether the measures that have been adopted are reasonable. It is necessary to recognize that a wide range of possible measures could be adopted by the state to meet its obligations. Many of these would meet the requirement of reasonableness. Once it is shown that the measures do so this requirement is met."*

É preciso que as medidas adotadas não sejam julgadas isoladas da realidade que as cercam. Deve-se considerar todo o contexto social, econômico e histórico do ambiente no qual as medidas foram suscitadas e aplicadas, sem falar ainda na capacidade da instituição responsável pela implementação do plano.

Lembremos, contudo, por oportuno que seja, que os princípios de Limburgo exigem que os Estados partes independentemente da situação em que se encontram assegurem um mínimo de direitos de subsistência para todos. Assim sendo, apesar de princípios como a razoabilidade e a progressividade, um mínimo *sine qua non* de direitos deve ser respeitado.

Postas tais considerações, passemos ao estudo dos fatos.

A instalação de fábrica é recente na história de Chuqui. O Estado ainda encontra-se provido de um maquinário de monitoramento ambiental relativamente deficitário herdado, de certa parte, do último regime militar a deixar o poder. Não à toa, requisita-se às indústrias interessadas em se alojar no país um estudo de impacto ambiental prévio que lhes garanta viabilidade econômica e ecológica.

A aparelhagem estatal vem sendo aperfeiçoada paulatinamente e, por conseguinte, a supervisão das atividades industriais também tem se tornado mais rigorosa. Nesse passo, problemas que antes não existiam aos poucos passam a ser notados e necessariamente solucionados.

Infere-se claramente dos fatos narrados o patamar de excelência à que, por outro lado, já foram alçados os sistemas de saúde e transportes de Chuqui.

O sistema de saúde foi capaz, não apenas de prover atendimento na rede pública de hospitais, como ainda foi o responsável por movimentar o aparelho estatal no sentido de instauração de um processo administrativo "multiministerial" com vistas a apurar as causas de um desconhecido surto infeccioso.

A infraestrutura de transporte evidenciou sua qualidade ao garantir o rápido e seguro acesso de todos os contaminados na área industrial, nos limites da cidade, aos hospitais públicos, permitindo que o tratamento de saúde devido fosse prestado de maneira hábil.

O Judiciário se mostrou pronto, maduro, independente e célere na resolução dos conflitos postos para sua apreciação. Em período não superior a 2 anos e meio, cada um dos casos levados à justiça foi concluído, havendo espaço inclusive, para a manifestação da Câmara de Apelação. Os casos não foram levados à Suprema Corte por opção das vítimas e seus familiares. As decisões prolatadas encontram-se em ampla harmonia com aquelas acerca da mesma matéria produzidas nos demais países do hemisfério.

Os Ministérios da Saúde e Meio Ambiente, bem como a Municipalidade da capital, foram bem sucedidos ao demonstrarem a capacidade e presteza do Executivo local na condução pronta e eficiente dos procedimentos administrativos. Rapidamente, ao serem procurados por seus órgãos inferiores, deram início a um processo com escopo de identificar e resolver a fonte de contaminação, objetivo este alcançado em tempo mais do que razoável.

Tendo como pano de fundo um país latino-americano, no qual 4 ditaduras tiveram lugar nos últimos 11 anos, e que recentemente tornou-se democrático, as medidas adotadas são seguramente razoáveis e satisfatórias.

O princípio da progressividade, conjugado à teoria da razoabilidade, compõe a equação sob a qual necessariamente passa o exame das medidas tomadas pelo Estado de Chuqui diante dos eventos que o trazem a esta Corte.

A Convenção Americana de Direitos Humanos valerá infinitamente menos do que esta folha de papel se os direitos nela consagrados forem utilizados como armas contra o Estado que se comprometeu a protegê-los. Os artigos da Carta seriam antes cavalos de tróia do que sementes difusoras dos mais altos valores humanos.

Diante do exposto, torna-se inquestionável que todas as decisões levadas a cabo pelo Estado de Chuqui se justificaram. Foram certas vezes não as necessárias, mas as possíveis. Exigir mais do que o possível, porém é pôr em risco as conquistas já alcançadas, preço este que nenhuma Corte pode se arriscar a correr. É colocar sob o perigo de pôr a perder um mínimo de garantias sem as quais a própria inteligência da expressão direitos humanos perde a razão de ser.

De não assegurar um mínimo de direitos humanos, portanto, o Estado de Chuqui não pode ser acusado.

G - IMPUGNAÇÃO AOS PEDIDOS INDENIZATÓRIOS CONTRA O ESTADO

G.1 - DA INCOERÊNCIA EM PREVER INDENIZAÇÕES FINANCEIRAS (Art. 63.1 da CADH)

Primeiramente cabe ao Estado de Chuqui lembrar que indenizações às vitimas e suas famílias foram pagas pela empresa Androwita S.A. por determinação judicial. Ao aceitarem tais indenizações, as vítimas e seus familiares tacitamente afirmaram que as mesmas seriam suficientes, ainda mais quando tinham direito a recorrer à Suprema Corte de Chuqui para rever tais valores e optaram por não fazê-lo.

É lógico concluir que, se as indenizações foram aceitas sem contestação, atenderam sem restrições o direito das vítimas e seus familiares à indenização (prevista no art. 63 da CADH), e que deste modo não se pode mais determinar qualquer valor indenizatório, sob pena de caracterizar abominável enriquecimento ilícito.

É devido esclarecer-se ainda, que a imposição de indenização a ser paga pelo Estado configuraria no caso em tela a abominável indenização punitiva (daños punitivos), a qual é afastada pela jurisprudência da respeitada Corte.

Destarte, fica moral e legalmente impedida a nobre Corte, frente às prévias ações das vítimas e seus familiares, de definir pagamento de quaisquer indenizações sob qualquer pretexto que seja (englobando-se aqui lucros cessantes, dano emergente, dano patrimonial à família, danos imateriais etc.).

Não fossem tais argumentos suficientes, é evidente que a indenização solicitada pela demandante sob o argumento de dano emergente carece de qualquer vestígio de comprovação que a corrobore, e ainda os valores avençados são imódicos para a realidade de uma sociedade como a de Chuqui. Vejamos por exemplo, que a título de dano emergente é solicitado o pagamento de 20 mil dólares para cobrir despesas médicas. Ora, que despesas teriam sido estas se todo o tratamento prestado nos hospitais públicos se dá gratuitamente? A mesma dúvida se estende à argüição apresentada para o pedido de indenização a título de danos materiais no montante de 10 mil dólares para cada menor enfermo.

Ainda deve-se levantar que para os adultos o pagamento indenizatório seria complementado com mais 15 mil dólares em caráter de lucro cessante por terem se afastado temporariamente de suas atividades laborativas. Não se pode perder de vista que o desemprego no país alcança taxas de 7,5%, de modo que é pouco razoável acreditar que absolutamente todos aqueles adultos que foram contaminados estavam empregados.

Surpreende por último, que a peticionária não conheça bem o suficiente as vítimas e familiares que representa, posta sua demonstrada incapacidade de individualizar as possíveis perdas e necessidades próprias de cada um de seus representados. A especialização das indenizações seria o mínimo esperado vista a diversidade de condições das supostas vítimas e seus familiares.

Indenizações morais são igualmente questionáveis, sendo que, na preleção de Douglas Cassel: *"The Inter-American Court generally considers its judgements per se to constitute measures of moral reparation."*

Pagamento indenizatório orientado pelas balizas do pedido da demandante invariavelmente resultaria em enriquecimento ilícito.

Infelizmente, independentemente do valor pago, nada apaga, sequer ameniza, a dor de uma perda tão irreparável quanto o é a de um ente querido. Tal como asseverou o Presidente da Corte,

Juiz Sergio García Ramírez, citado por Douglas Cassel: *"The full restitution - wich implies full return - is conceptually and materially impossible."*

Mostra-se inadequado, outrossim, o pagamento de custas e gastos processuais, tendo em vista que houve o adimplemento das indenizações às vítimas em âmbito interno e o vertente processo se revela injustificado.

G.2 - DA EFETIVA SANÇÃO DOS RESPONSÁVEIS

No que tange à punição dos responsáveis pela contaminação, nada se pode exigir do Estado de Chuqui.

Como esclarecido anteriormente, a persecução penal foi cumprida na condenação a 2 anos de pena privativa de liberdade do engenheiro de resíduos químicos da empresa Androwita S.A., A pena estabelecida harmoniza-se sensatamente com a previsão legal para punição de delitos culposos (de 12 a 70 meses de reclusão).

Na esfera cível, as indenizações instituídas se mostraram tão adequadas e satisfativas que foram confirmadas em sede de apelação e voluntariamente recebidas pelas vítimas e seus familiares. A empresa ainda foi condenada a limpar a área contaminada e financiar programa de conscientização a nível nacional sobre a necessidade de um meio ambiente sadio.

Demonstra-se assim que as responsabilidades civis e penais dos culpados pela contaminação foram devidamente apuradas e suas sanções aplicadas. À guisa de conclusão importa saudar e ressaltar a atuação dos órgãos do Executivo (Ministérios da Saúde e Meio Ambiente e Municipalidade da capital), os quais mesmo antes da instauração de processos judiciais para identificar e punir os responsáveis, espontaneamente já haviam iniciado, dentro de suas respectivas áreas de ação, procedimentos nos mesmos sentidos.

G.3 - DA SUFICIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INTERNA E DO PROGRAMA DE CONSCIENTIZAÇÃO SOBRE A IMPORTÂNCIA DE SE VIVER EM UM MUNDO LIVRE DE CONTAMINAÇÃO

Sobre a obrigação de confecção de medidas legislativas, esta se revela desde já satisfeita, vez que os tratados internacionais de direitos humanos compõem o bloco de constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico de Chuqui, de modo que ocupam posição referencial da aplicação e interpretação de toda a legislação nacional.

Ademais, já existem leis ambientais suficientes, tanto em quantidade quanto em qualidade, para regular esse campo.

À sugestão de inovação legislativa prevendo a responsabilização penal da pessoa jurídica, vale trazer a preleção do brilhante penalista Cezar Roberto Bitencourt, o qual explica:

"A inadmissibilidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas - societas delinquere non potest - remonta a Feuerbach e Savigny. Os dois principais fundamentos para não se reconhecer a capacidade penal desses entes abstratos são: a falta de capacidade 'natural' de ação e a carência de capacidade de culpabilidade."

O douto professor ainda completa citando inicialmente René Ariel Dotti: *"Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos. A conduta (ação ou omissão), pedra angular da Teoria Geral do Crime, é produto essencialmente do homem. A doutrina quase à unanimidade repudia a hipótese de a conduta ser atribuída à pessoa jurídica. Nesse sentido também é o entendimento atual de Muñoz Conde, para quem a capacidade de ação, de culpabilidade e de pena exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que não existe na pessoa jurídica, mero ente fictício ao qual o Direito atribui capacidade para outros fins distintos dos penais."*

À luz da suficiência dos argumentos levantados se mostra inócua a sugestão legislativa.

Ainda nessa marcha, é dispensável a proposta de implementação de programa de cidadania e legislação ambiental nas escolas públicas, porque um bem sucedido e amplo programa de conscientização sobre a importância de viver em um ambiente sadio já vem sendo implementado nacionalmente, não se restringindo apenas às escolas, mas sim abrangendo a sociedade local como um todo. Dito programa incluiu ainda a empresa Androwita S.A., a qual reconhece sua responsabilidade na contaminação e nos danos causados.

G.4 - DO DESCABIMENTO DE ATO PÚBLICO DE DESCULPAS E PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA

Afigura-se importante, por fim, rechaçar a imposição de um ato público de desculpas a ser compulsoriamente realizado pelo Estado de Chuqui.

Pedir desculpas deixa subentender que aquele que o faz é digno de responsabilidade pelo ato título. Como já se demonstrou, o Estado não possui dita responsabilidade, a qual reside na empresa Androwita S.A.

Em segundo lugar, concordar em fazê-lo significaria desapreciar todo o sistema legal de Chuqui, o qual conseguiu, ao longo de um devido processo legal, apurar a responsabilidade dos reais violadores e lhes impor sanções cabíveis.

No que concerne à publicação da sentença (vista aqui como símbolo do respeito ao acesso à justiça), todavia, nada obsta que uma vez prolatada a sentença de improcedência, esta seja publicada.

V - DO PEDIDO

Diante das alegações firmemente expostas, o Estado vem a essa Honorável Corte requerer:

a. a declaração de inadmissibilidade da demanda da Comissão, face o não-esgotamento dos recursos internos;

b. a declaração de improcedência dos pedidos formulados cuja sustentação argumentativa se baseia nos arts. 1.1 (obrigação de respeitar os direitos), 2 (dever de adotar disposições de direito interno), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 8 (garantias judiciais), 17 (proteção da família), 19 (direitos da criança), 21 (direito à propriedade privada) e 25 (proteção judicial) da CADH;

c. a declaração de insubsistência de quaisquer pedidos de reparação pecuniária por danos morais e materiais, com base no constante no art. 63 da CADH;

d. a não-obrigação do Estado de pagar custas e gastos processuais;

e. a improcedência de quaisquer pedidos de desculpas públicas por parte das autoridades do Estado;

f. a insubsistência do pedido de adotar novas disposições de direito interno.

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 Assembléia Geral do Instituto Interamrericano 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 UNAM); Doutor em Direito com menção honorífica pela Universidade Nacional Autônoma do México; Mestre em Direito; Procurador do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; ex-Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Membro da Assembléia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e da Academia Brasileira de Direito Criminal; Membro da Academia Cearense de Letras e da Academia de Ciências Sociais do Ceará.

- **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).

- **Washington Peluso Albino de Souza (2º Vice-Presidente)**

Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; ex-Diretor e Decano da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Presidente da Fundação Brasileira de Direito Econômico.

- **Alexsandra de Lima**

Graduada em Letras; Professora de Francês do Núcleo de Línguas da Universidade Estadual do Ceará – UECE; Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

- **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.

• **Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros**
Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Professor de Direito Internacional da Universidade de Brasília, da Universidade Católica do Rio Grande do Sul e da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

• **Arnaldo Oliveira**
Diretor-Presidente da Editora Del Rey; Especialista em Publicações na Área Jurídica.

• **Carlos Weis**
Procurador do Estado de São Paulo; Professor de Direitos Humanos da Academia de Polícia do Estado de São Paulo.

• **Emilia 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.

• **Gonzalo Elizondo Breedy**
Professor Titular da Universidade da Costa Rica; ex-Diretor da Área de Instituições Públicas do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

• **Hélio Bicudo**
Ex-Deputado Federal (Partido dos Trabalhadores – São Paulo); Membro e Presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; vice-Prefeito de São Paulo.

• **Hermes Vilchez Guerrero**
Mestre em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Professor da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Secretário Geral da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais; Membro do Conselho Editorial da Livraria Del Rey Editora Ltda.

• **Juan Carlos Murillo**
Representante do ACNUR para a América Central.

- **Manuel E. Ventura Robles**

Secretário 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 Glaucíria 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.

- **Nestor José Méndez González**

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

- **Pablo Saavedra Alessandri**

Secretário da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

- **Renato Zerbini Ribeiro Leão**

Doutor em Direito Internacional e Relações Internacionais pela Universidade Autônoma 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 Diretos Humanos.

- **Ruperto Patiño Manffer**

Doutor em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México, com especialidade em Direito Constitucional e Administrativo; Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México.

- **Sílvia Maria da Silveira Loureiro**

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília; Advogada do Centro de Direitos Humanos de Manaus (Amazonas).

- **Theresa Rachel Couto Correia**

Doutora em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza; Bolsista de Pós-doutorado do Programa PRODOC/CAPES na Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2008-2010).