



ISSN 1677-1419

Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 15, Vol. 15, Número 15 - 2015



ORGANIZADORES

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE
CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL



Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 15, Vol. 15, Número 15 - 2015



Homenageado especial
Christophe Swinarski

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

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

Distribuição:
Instituto Brasileiro de Direitos
Humanos

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

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



Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 15, Vol. 15, Número 15 - 2015

Organizadores:

Antônio Augusto Cançado Trindade
César Oliveira de Barros Leal

Editor-Adjunto

Valter Moura do Carmo

Conselho Editorial

Antônio Augusto Cançado Trindade
César Oliveira de Barros Leal
Paulo Bonavides
Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati
Antônio Álvares da Silva
Antônio Celso Alves Pereira
Antônio Otávio Sá Ricarte
Bleine Queiroz Caúla
Carlos Weis
Catherine Maia
Elkin Eduardo Gallego Giraldo
Elvira Domínguez-Redondo
Emilia Segares
Emmanuel Teófilo Furtado
Filomeno Moraes
Gonzalo Elizondo Breedy
Juan Carlos Murillo
Juana Maria Ibáñez Rivas
Julieta Morales Sánchez
Lília Maria de Moraes Sales
Margarida Genevois
Pablo Saavedra Alessandri
Philippe Couvreur
Renato Zerbini Ribeiro Leão
Ruth Villanueva Castilleja
Sílvia Maria da Silva Loureiro
Valter Moura do Carmo
Wagner Rocha D'Angelis

Projeto Gráfico/Capa

Nilo Alves Júnior

Diagramação

Franciana Pequeno

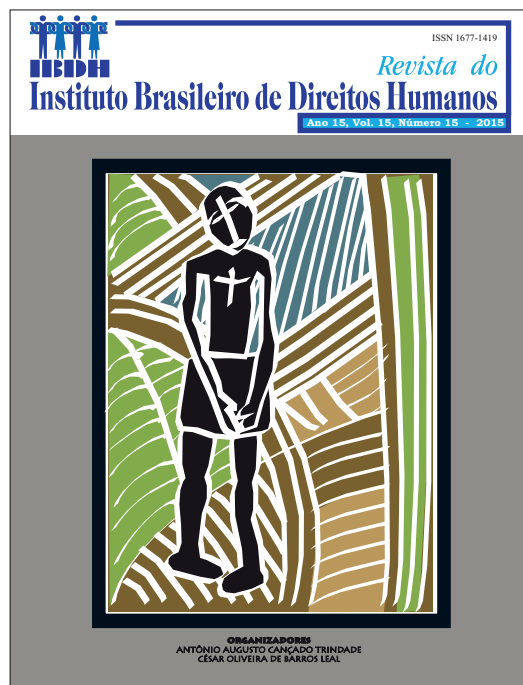
Revisão

César Oliveira de Barros Leal

Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.
V. 15, N. 15 - (2015). Fortaleza, Ceará.

Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2015. Anual.
1. Direitos Humanos - Periódicos. I. Brasil.
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

CDU



S u m á r i o

Ano 15, Vol. 15, Número 15 - 2015

● Conselho Consultivo do IBDH.....	05
● Apresentação.....	09
I- Pressupostos de Direito Material para a Criação do Tribunal Constitucional Internacional Alexandre Coutinho Pagliarini	11
II- O Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos Ana Lúcia Gasparoto e José Blanes Sala	17
III- Le Mandat et le Travail de la Commission de l'Assemblée Parlementaire Sur l'Election des Juges a la Cour Europeenne des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe: Un Aperçu Andrew Drzemczewski	37
IV- El Largo Camino de la Humanización del Derecho Internacional: Una Nueva Década de Consultas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) Antônio Augusto Cançado Trindade	51
V- Tendencias del Constitucionalismo en el Siglo XXI: Cuestionamientos e Innovaciones Constitucionales - La Prioridad de la Defensa de los Derechos Humanos Antonio Colomer Viadel	67
VI- A Trajetória da Implementação de Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil Bárbara Pincowsca Cardoso Campos	83
VII- O Homicídio de Crianças Indígenas Praticado por Tribos Brasileiras sob a Ótica dos Direitos Humanos Carolynne Maria Granja Ferraz	99
VIII- A Questão do Reconhecimento do Estado Palestino e o Desafio de uma Paz Duradoura no Médio Oriente: Análise dos Argumentos Jurídicos e Políticos a Favor ou Contra o Reconhecimento da Palestina como Estado Catherine Maia	119
XIX- Regras de Mandela: O Desafio da Promoção dos Direitos Humanos dos Privados de Liberdade no Brasil César Oliveira de Barros Leal	139
X- The Right of Religious Freedom and Illegal abuse of Faith Fausto Martin de Sanctis	151
XI- La Dignidad como Fundamento Último de la Declaración Universal de Derechos Humanos Felipe Gómez Isa	167
XII- Violencia y Pobreza en la Sociedad Actual Jaime Ruiz de Santiago	187
XIII- La Dignidad del Embrión Humano ¿Qué Sentido Tiene que se le Niegue al Embrión Humano el Derecho a Vivir? Juan de Dios Vial Correa e Ángel Rodríguez Guerra	203
XIV- O Acesso à Justiça e a Efetividade do Sistema Interamericano na Busca da Materialização da Dignidade Humana Letícia Soares Peixoto Aleixo	217
XV- La Cour Européenne des Droits de l'Homme - Face à l'Europe en Crise Linos-Alexandre Sicilianos	231
XVI- Associazionismo dei Magistrati e Democratizzazione dell'Ordine Giudiziario Luigi Ferrajoli	245
XVII- La Corte y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Reseña de Jurisprudencia en Casos Brasileños Manuel E. Ventura Robles	253

XVIII- O Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares: Desafios para a Paz e a Segurança Mundiais Mariana Luz Zonari e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima	269
XXIX- A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Indutora de Políticas Públicas Estruturantes: O Exemplo da Educação em Direitos Humanos – Uma Análise dos Casos Ximenes Lopes e Gomes Lund <i>Versus</i> Brasil – Perspectivas e Desafios ao Cumprimento das Decisões Mônica Clarissa Hennig Leal e Felipe Dalenogare Alves	287
XX- O Julgamento de Primeira Instância no Estatuto de Roma Paulo Pinto de Albuquerque	301
XXI- Educação como um Direito Fundamental: Uma Poderosa Arma dos Índios e Negros de Aquiraz-Ce, na Busca da Igualdade e Não Discriminação Racquel Valério Martins e Renato Alves Vieira de Melo	309
XXII- Corte Internacional de Justiça: Caso Croácia <i>Versus</i> Sérbia sobre a Aplicação da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio Raquel Campo M. Belay	325
XXIII- O Domínio dos Povos Indígenas do Novo Mundo segundo a Concepção da Escola Ibérica da Paz (Séculos XVI e XVII) Sílvia Maria da Silveira Loureiro	335
XXIV- El Coste Humano de la Degradación del Medio Ambiente: La Migración Ambiental Susana Borrás	351
XXV - Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Serio Verónica Lidia Martínez Martínez	367
● Anexos	385
XXVI - Discurso de Apertura del I Curso Regional de Derecho Internacional de Naciones Unidas (Montevideo, 04 de abril de 2016) Antônio Augusto Cançado Trindade	387
XXVII - Les Systèmes Régionaux dans le Cadre de l'Universalité des Droits de l'Homme Antônio Augusto Cançado Trindade	391
XXVIII - Saudação na Abertura do IV Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos, no dia 3 de agosto de 2015, em Fortaleza, Ceará, Brasil César Oliveira de Barros Leal	395
XXIX- Saudação no Encerramento do IV Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos, no dia 14 de agosto de 2015, em Fortaleza, Ceará, Brasil César Oliveira de Barros Leal	399
XXX- Opening Speech in Ceremony at the Faculty of Law of Vilnius University, Vilnius, Lithuania Dainius Žalimas	401
XXXI- Reseña: Judge A. A. Cançado Trindade - <i>The Construction of a Humanized International Law - A Collection of Individual Opinions (1991-2013)</i> , tomos I-II (Prefacio de D. Spielmann e Introducción General de A. Drzemezewski); tomo I (Corte Interamericana de Derechos Humanos), Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 9-852; tomo II (Corte Internacional de Justicia), Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 853-1876 María Teresa Infante Caffi	405
XXXII- IV Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos: O Respeito à Dignidade da Pessoa Humana.....	415
● Conselho Editorial	419

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; ex-Juiz e ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; ex-Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Membro do Conselho Diretor do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo) e da Assembleia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Membro Titular do *Institut de Droit International* e Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia).

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

Pós-doutor em Estudos Latino-americanos pela Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da Universidade Nacional Autônoma do México; Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México; Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Membro da Assembleia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, da Academia Brasileira de Direito Criminal e da Academia Cearense de Letras.

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

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

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

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

- **Andrew Drzemczewski**

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

- **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 Universidade Nacional Autônoma do México; ex-Diretor Técnico do Conselho

de Menores da Secretaria de Segurança Pública do México; Membro da Academia Mexicana de Ciências Penais e da Sociedade Mexicana de Criminologia.

• **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.

• **Dean Spielmann**

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

• **Fernando Luiz Ximenes Rocha**

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

• **Héctor Fix-Zamudio**

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

• **Hélio das Chagas Leitão Neto**

Secretário de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará; ex-Presidente da Seccional do Ceará da Ordem dos Advogados do Brasil; Pós-graduado em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

• **Jaime Ruiz de Santiago**

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

• **Jayme Benvenuto Lima Júnior**

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Consultor Jurídico do Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP).

• **Jean François Flauss**

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

- **Jorge Padilla**

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

- **Karel Vasak**

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

- **Linos-Alexandre Sicilianos**

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

- **Néstor José Méndez González**

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

- **Manuel E. Ventura Robles**

Ex-Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Membro Associado do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional.

- **Pedro R. David**

Juiz *ad litem* do Tribunal Penal Internacional das Nações Unidas para a ex-Iugoslávia, Haia, Holanda; Juiz da Câmara Federal de Cassação Penal da República Argentina; Doutor em Ciência Política pela Universidade John F. Kennedy, Buenos Aires, Argentina; Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidade Nacional de Tucumán; Doutor em Sociologia pela Universidade de Indiana, Estados Unidos.

- **Sébastien Touzé**

Professor da Universidade de Estrasburgo; Secretário-Geral do Instituto Internacional de Direitos Humanos René Cassin (Estrasburgo); Membro do Conselho da Sociedade Francesa de Direito Internacional; Professor Associado do Instituto de Altos Estudos Internacional e do Centro de Pesquisa em Direitos Humanos e Direito Humanitário da Universidade de Paris II (Panthéon-Assas).

- **Sérgio Urquhart de Cademartori**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor do Programa de Doutorado da Universidade de Granada Espanha; Professor Associado da UFSC; Pesquisador Nível 2 do CNPq; Membro do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC).

- **Sheila Lombardi de Kato**

Desembargadora do Tribunal de Justiça do estado de Mato Grosso; Coordenadora-Geral do Programa Nacional de Direitos da Mulher.

- **Soledad García Muñoz**

Advogada; Diplomada em Direitos Humanos pela Universidade Carlos III de Madri; Professora da Universidade Nacional de La Plata e da Universidade de Buenos Aires; Coordenadora do Escritório Regional na América do Sul do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

APRESENTAÇÃO

O Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH) tem a satisfação de dar a público o décimo-quinto número de sua *Revista*, instrumento pelo qual contribui com periodicidade anual e distribuição gratuita (graças ao respaldo do Banco do Nordeste) ao desenvolvimento do ensino e da pesquisa na área dos direitos humanos, visando a promovê-los, de forma ampla, mas principalmente na realidade brasileira. No entendimento do IBDH, o ensino e a pesquisa em direitos humanos giram em torno de alguns conceitos básicos, devendo-se afirmar, de início, a própria universalidade dos direitos humanos, inerentes que são a todos os seres humanos, e consequentemente 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 destacar, em primeiro plano, a interdependência e indivisibilidade dos 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, dita concepção se impõe com maior vigor, porquanto desde 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 movimentos, seja dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A concepção 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.

Para lograr a eficácia das normas de proteção, cumpre partir da realidade do cotidiano e reconhecer a necessidade da contextualização dessas normas em cada sociedade humana. Os avanços nesta área têm-se logrado graças, 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 vários idiomas, que compõem este décimo-quinto número da *Revista* do IBDH, a exemplo das edições anteriores, enfeixam uma variedade de tópicos de alta relevância atinentes à temática dos direitos humanos. O presente número antecede a realização em Fortaleza do *V Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos: O Princípio de Humanidade e a Salvaguarda da Pessoa Humana*, no período de 5 a 16 de setembro de 2016, uma iniciativa conjunta do IBDH e do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), contando com a parceria e o apoio de numerosas instituições.

Este Curso anual, que reúne uma centena de participantes nacionais e estrangeiros, representa um divisor de águas na trajetória do IBDH, abrindo-lhe portas para alianças estratégicas com instituições públicas e privadas.

No presente domínio de proteção impõem-se maior rigor e precisão conceituais, de modo a sustentar a vindicação dos direitos humanos em sua totalidade, e a superar o hiato existente entre o ideário contido na Constituição Federal e nos tratados em que o Brasil é Parte e nossa realidade social. Essa dicotomia entre “falar e agir” provoca um considerável desgaste e uma descrença generalizada. Isso é deplorável, na medida em que devemos não apenas conhecer nossos direitos, mas também saber defendê-los e exigir sua proteção por parte do poder público, reduzindo assim o espaço ocupado pela injustiça, pela violência e pela arbitrariedade.

Proclamações de direitos não são suficientes, como já alertava há décadas o lúcido pensador Jacques Maritain, para quem não é admissível perverter a função da linguagem, a serviço dos que nos roubam a fé na efetivação dos direitos humanos, inerentes aos seres humanos e à sua condição de dignidade. Aos direitos proclamados se acrescentam os meios de implementá-los, inclusive diante das arbitrariedades e mentiras dos detentores do poder. Entende o IBDH que o direito internacional e o direito interno se encontram em constante interação, em benefício de todos os seres humanos.

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

Nesse sentido, o IBDH volta a repudiar as alterações introduzidas pelo posterior art. 5º, § 3º, da Emenda Constitucional nº 45 (promulgada em 08.12.2004), o qual revela inteiro desconhecimento da matéria, na perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dando ensejo a todo tipo de incongruências – inclusive em relação a tratados de direitos humanos anteriores à referida Emenda – ao sujeitar o *status* constitucional de novos tratados de direitos humanos à forma de aprovação parlamentar dos mesmos. Esta bisonha novidade, sem precedentes e sem paralelos, leva o IBDH a reafirmar, com ainda maior veemência, a autossuficiência e autoaplicabilidade do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal brasileira.

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

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

Antônio Augusto Cançado Trindade

César Oliveira de Barros Leal

PRESSUPOSTOS DE DIREITO MATERIAL PARA A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

.....
Alexandre Coutinho Pagliarini

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa; Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP; Professor da Uninter (Curitiba, Paraná, Brasil).

RESUMO

Este artigo científico trata do Tribunal Constitucional Internacional. Na Introdução, são apresentados os pressupostos constitucionais e internacionais que evidenciam ser possível a criação do referido Tribunal. No desenvolvimento do texto, primeiramente, se expõe a doutrina internacionalista pura, assentada sobretudo no pensamento de Hans Kelsen; num segundo momento, os Direitos Humanos são colacionados como substrato material para sustentar o Tribunal a ser criado; na sequência, prova-se que o Tribunal aqui estudado também se ocuparia de controlar a “constitucionalidade internacional” de uma nova ONU.

Palavras Chave

Tribunal Constitucional Internacional; Direitos humanos; Nova ONU; Controle da constitucionalidade internacional.

I. INTRODUÇÃO

Há de se compreender que a Constituição, nascida do exercício do poder constituinte (que não é um poder jurídico), é um instrumento normativo rígido; isso lhe garante supremacia. Os norte-americanos deram início à ideia sistematizada (e implantada) de controle de constitucionalidade, chamando este sistema de difuso (incidental ou concreto). Já os europeus, mediante influência filosófica kantiana (e até socrática, na antiguidade), sobretudo por meio do trabalho de Hans Kelsen, implantaram os tribunais propriamente – e exclusivamente – constitucionais para exercer o que se chama de controle abstrato (direto ou concentrado) de constitucionalidade. Por sua vez, a evolução

da experiência brasileira de controle de constitucionalidade levou o país a adotar um modelo híbrido (ou misto), influenciado tanto pelos Estados Unidos quanto pela Europa, sendo certo que na atualidade o papel do Supremo Tribunal Federal (a “Corte Constitucional” brasileira) se revela mais impactante pela forma concentrada de defesa da Constituição.

Para os que defendem a lógica jurídica da Teoria Monista do Direito, então as normas internacionais hão de ser superiores hierarquicamente às normas nacionais, e para assim se pensar há respaldo nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. E, de facto, foi com base na ideia de supremacia das normas internacionais (de Direito Internacional Público – DIP) que se multiplicaram nos séculos XX e XXI Tribunais Internacionais Permanentes e Organizações Internacionais (O.I.).

Especificamente no que tange à União Europeia, positivou-se, a partir das Comunidades, um Direito superior aos Direitos nacionais, chamado Direito Comunitário, que, tanto para a formação da atual União Europeia quanto para nela garantir os Direitos Fundamentais, encontrou respaldo em atuações decisivas da Corte de Luxemburgo e da Corte de Estrasburgo. Em favor dos Direitos Humanos – e em escala mundial –, não se espera atuação diferente do Tribunal Penal Internacional (TPI) e do Conselho de Segurança das Nações Unidas (ONU), principalmente em tempos de terrorismo(s). Deveras, o que ocorre na União Europeia é a verificação incontestável não só de um Direito Comunitário europeu, mas, sim, de um verdadeiro *Direito Constitucional Material (Substancial) Supranacional Europeu*, e prova disso é o Tratado de Lisboa – mesmo que *ainda*

não haja uma Constituição formal para o bloco supranacional chamado União Europeia. Frise-se e grite-se: sim, o Tratado de Lisboa é uma Constituição material europeia!

Se há um aspecto que chama a atenção da Teoria Crítica do Direito, este aspecto é o facto de que o que era globalização só econômica se tornou também globalização política e jurídica, sendo por este motivo que se percebe debutante um verdadeiro Direito da Pós-Modernidade, o Direito Constitucional Internacional que privilegia sobretudo as normas de Direitos Humanos, mesmo aquelas contidas em “meras” Declarações (não advindas de tratados internacionais em que se tenha manifestado o consentimento expresso dos Estados, a *pacta sunt servanda*), resultando isso do que podemos chamar de “Mundo Novo” e implicando isso não só na superação dos alicerces do Estado-nação mas na multiplicação de organismos judiciários (ou decisórios) supranacionais (na União Europeia) e internacionais (no mundo todo). Isso sim pode ser entendido como *Neoconstitucionalismo* ou *Neointernacionalismo* e uma *Neojurisdição* é esperada – e, de certo modo já se vê presente – para operacionalizar a supremacia da Constituição (quando for o caso) e a do novo Direito Internacional.

Adverte-se, desde já – nesta Introdução –, que não cabe neste escrito discutir temas já vistos como ultrapassados pelos autores europeus e pelos bons pensadores dos países protagonistas do Novo Mundo, razão pela qual aqui não há espaço para procedimentalismos, substancialismos, teorias aderentes ao Realismo Jurídico (*versus* democracia) ou às estéreis discussões sobre a judicialização da política ou acerca dos “Direitos Civis Constitucionais e congêneres”. Com efeito, a noção que se quer passar aqui é a de uma Teoria Crítica que percebe o Direito como um instrumento de modificação não adstrito às fronteiras das normas estatais-nacionais.

II. DESENVOLVIMENTO DE UM ROL DE JUSTIFICATIVAS EM PROL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

(a) A DOCTRINA INTERNACIONALISTA PURA (O DIP NA COMUNIDADE INTERNACIONAL)

Um juiz de uma Corte Permanente Internacional, ao julgar, por exemplo, um litígio

entre Estados soberanos, deve aplicar o DIP, e não o direito do Estado “x”, nem o do “y”. Numa comparação, é como age um ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro: em caso de conflito de normas de dois Estados da federação brasileira (Minas Gerais *versus* Paraíba), ele deverá aplicar a Constituição e usá-la para resolver o impasse; aliás, para Sua Excelência, sempre a Constituição será o nexos de validade de todas as outras normas jurídicas produzidas domesticamente. No sentido acima exposto, o DIP sempre terá preponderância hierárquica sobre os direitos nacionais; e tal afirmação, para um internacionalista, é absolutamente provida de lógica; caso contrário, não se terá DIP (ou seja, o DIP não poderá ser considerado como Direito) e não mais serão necessários juizes internacionais, nem as suas respectivas Cortes permanentes. Neste sentido, nas próximas linhas, interessante será entender as lições de Kelsen.

Para Hans Kelsen, o DIP é Direito (ou seja, é um sistema normativo jurídico!), isto porque existe a sanção, ou seja: um ato de força socialmente organizado e autorizado oficialmente pela Comunidade Internacional, ato este que se explicita na represália ou na guerra, significando isto que na hipótese de um Estado ver os seus interesses (Direitos) ofendidos por um outro Estado, o Estado ofendido poderá criar uma situação que, em condições normais, não seria permitida, reagindo, portanto, à violação provocada por este outro Estado. Para o austríaco, a violação dos interesses entre os Estados constitui-se delito internacional – não se devendo compreender aqui a palavra interesse egoisticamente, mas devendo-se, sim, ler, “interesses entre Estados” como expressão sinônima de Direitos estabelecidos entre Estados e de algum modo violados. A reação ao delito é uma sanção, e a sua aplicação é feita pelo próprio Estado ofendido, por ainda faltar na Comunidade Internacional um órgão que seja encarregado dessa tarefa, como os existentes nas ordens jurídicas nacionais. Caso estejam Estados litigantes, entretanto, inseridos no sistema de uma mesma ordem jurídica – num Tribunal Internacional ou numa Organização Internacional – poder-se-á vislumbrar a aplicação da sanção pelo terceiro ente (o Tribunal Internacional ou a Organização Internacional), e não pelo Estado cujo direito fora violado. Mas a regra é ainda a da falta de centralidade na Comunidade Internacional, isto por conta da inaplicabilidade do conceito de soberania

estatal para o DIP. E é justamente esta falta de centralidade que se verifica na Comunidade Internacional que começa a justificar, aqui neste artigo, a criação de um Tribunal Constitucional Internacional.

Lembre-se que, quanto à soberania, entendia realmente Kelsen que era um conceito que, se existisse, só poderia aplicar-se ao Direito Internacional Público, e não às dezenas de ordens jurídicas nacionais: ora, se *soberania* quer dizer *poder total*, então é de se perguntar: como pode no mundo haver 193 poderes totais (193 é o número correspondente ao de Estados filiados à ONU)?

O DIP, então, é uma ordem normativa das condutas humanas, obrigando pessoas, mediata ou imediatamente. Porém, os destinatários imediatos das normas de DIP são só os sujeitos clássicos de DIP (Estados e Organizações Internacionais); os indivíduos são destinatários mediatos, em regra. Kelsen percebe que não há uma centralização da criação e da aplicação do direito na Ordem Jurídica Internacional. Trata-se o DIP, segundo ele, de uma ordem jurídica primitiva, cujo último estágio de evolução tende para a formação de um Estado mundial, nos moldes dos Estados nacionais contemporâneos; a outra saída kelseniana seria a de um mundo sem Estados nacionais; de um modo ou de outro, daí sim falar-se-ia em soberania com rigor científico!

De qualquer modo, conclui Kelsen que o DIP é superior hierarquicamente aos direitos nacionais, razão pela qual se lhe dá a coroa de “rei do Monismo Jurídico”, com o DIP no topo de uma só (daí o monismo) ordem jurídica chamada Direito. Efetivamente, a tendência, até dos governos que ratificaram a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, é a de começarem a abrir as suas soberanas portas para o entendimento de que o DIP é superior e deve ser aplicado, implementando-se, assim, maior centralidade ao DIP, e fugindo-se, destarte, do primitivismo denunciado cientificamente por Kelsen. Tal tendência é o que se depreende do preâmbulo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, quando: 1) reconhece a importância cada vez maior dos tratados como fonte do direito internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as Nações, quaisquer que sejam os seus regimes constitucionais e sociais; 2) constata que os princípios do livre consentimento e da boa-fé e a regra *pacta sunt servanda* são

universais; 3) proclama o respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais; 4) afirma que as regras do Direito Internacional Consuetudinário continuarão a reger as questões não reguladas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Sobre o Direito Consuetudinário Internacional, quando foi professor da Universidade de Genebra (*Institut de Droit International*), Kelsen explicou de forma contundentemente clara que a “sua” Norma Hipotética Fundamental era, na realidade, o *Droit Coutumier International* (Direito Costumeiro Internacional).

Por fim, aos olhos do DIP, para afirmar a superioridade deste sobre os direitos nacionais, assim estatuíram os seguintes dispositivos da Convenção acima comentada:

Artigo 26º - *Pacta sunt servanda*: Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa-fé.

Artigo 27º - Direito interno e observância dos tratados: Uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado.

(b) OS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS COMO NORMAS CONSTITUCIONAIS UNIVERSAIS (GLOBAIS, MUNDIAIS, INTERNACIONAIS E/OU SUPRANACIONAIS)

São várias as razões que induzem os estudiosos de mente aberta a não terem dúvidas sobre a hierarquia constitucional das Declarações e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Enumeremo-las:

1ª RAZÃO – a partir da consideração de que a Constituição nasceu, por escrito e formalmente, no final do século XVIII para cumprir a função de estruturar o Estado e a de proclamar e garantir Direitos Fundamentais, só se pode inferir que normas de Direitos Humanos são normas materialmente constitucionais.

2ª RAZÃO – Se se tomar por exemplo e modelo a realidade constitucional brasileira, o Preâmbulo da Carta Magna em vigor (desde 1988) fala em

(...) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade

e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (...).

Sim, aqui estamos a imprimir força normativa ao Preâmbulo de qualquer Constituição pelo simples facto de que sempre exprime a que veio o país!

Isto significa que, antes de tudo, o Brasil do constituinte de 1988 é um país que deve primar pela observância ampla dos Direitos Fundamentais. Complementam e concretizam o que aqui é dito os artigos 1º, II, III e IV; 3º, IV; 5º, §1º; 6º; 7º; 8º; 9º; 10º; 11; 12; 13; 14; 15, dentre vários outros mais específicos plasmados formalmente na Carta. No que tange às relações internacionais do Brasil, quis a Assembleia Nacional Constituinte que este país fosse regido, dentre outros princípios, pelo da prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, II); *prevalência... frise-se!*

Ainda no desenvolver deste tópico pontual sobre a Constituição brasileira, desejamos aqui apelidar o §2º do art. 5º de “janela aberta” para a prevalência dos Direitos Humanos e para a introdução de normas desta espécie no ordenamento jurídico “tupiniquim”. Através da interpretação desta normativa, infere-se que o constituinte brasileiro de 1988, humildemente, não desejou fechar o elenco de Direitos Fundamentais somente nos setenta e oito incisos casuísticos do artigo quinto. Deixou, destarte, a “janela aberta” para que também se pudesse considerar como normas de Direitos Humanos as provenientes de princípios constitucionais *e de tratados internacionais*. Isto significa que a Constituição brasileira criou três edifícios de peso Constitucional para a construção dos Direitos Humanos com a mesma estatura e a mesma eficácia de seu próprio texto formalmente escrito.

No Brasil, os três edifícios constitucionais de Direitos Humanos são:

- (a) aqueles elencados na Carta;
- (b) os que os intérpretes da Constituição apontarem como decorrentes de princípios constitucionais de Direitos Humanos;
- (c) os que forem formalizados em tratados internacionais de que o Brasil fizer parte.

Em análise fria e que privilegia os Direitos Humanos (sejam ele internacionais, ou não), neste estudo pontual sobre a Constituição brasileira, pode-se afirmar que a Emenda Constitucional (EC) 45 é inconstitucional! Isto porque criou uma dificuldade para os tratados

internacionais de Direitos Humanos. A partir da referida emenda, tais tratados passaram a dever tramitar no Congresso Nacional como se emendas constitucionais fossem, e, como é sabido, antes da EC/45, os tratados internacionais tramitavam pelo Congresso necessitando de maioria simples em sua votação única. Ora, criar um caminho – como criou a EC/45 – que dificulte a caracterização e a execução de normas de Direitos Humanos, num país de democracia tardia, é, para além da ignorância, má vontade e violação explícita ao preexistente art. 60, §4º, que, em português claro, prescreve que não deve ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir (ou a diminuir o grau de abrangência dos) os Direitos Fundamentais. Entretanto, a EC/45 criou norma formalmente constitucional, e, enquanto não for derrubada pela Corte Suprema (o STF brasileiro), deve ser aplicada.

Daí, pergunta-se: e os tratados de Direitos Humanos que o Brasil ratificou antes da emenda em tela? A resposta é: são normas materialmente constitucionais, do mesmo modo, por tratarem-se de normas de Direitos Humanos; são normas que, na época, seguiram o trâmite que existia (ato jurídico perfeito), o mesmo da votação da lei ordinária, sendo, portanto, tais tratados, perfeitamente aceitáveis como normas de Direitos Humanos de força constitucional porque, apesar de naquele tempo serem votados no Congresso como leis ordinárias, na realidade – em sua substância material – veiculavam já aqueles tratados normas materialmente constitucionais por serem tratados de Direitos Humanos.

A afirmação é peremptória: tratados internacionais de Direitos Humanos têm hierarquia constitucional no sistema jurídico brasileiro pelas razões acima expostas.

(c) O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTAL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (INTERNACIONAL) DAS NORMAS ESTRUTURANTES DA COMUNIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL, MAIS ESPECIFICAMENTE DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)

É certo – e assim ficou demonstrado acima – que os Direitos Humanos se constituíam

num dos dois pilares da atuação de um futuro Tribunal Constitucional Internacional, isso porque as normas de Direitos Humanos fazem parte do constitucionalismo moderno desde o advento da Constituição escrita nos fins do século XVIII, assim como têm sido os Direitos Humanos Fundamentais tema recorrente do Direito Internacional Público. Daí, pergunta-se: ora, se os Direitos Humanos são um dos dois pilares do constitucionalismo internacional, qual seria o outro pilar?

Em resposta à pergunta acima lançada, assumimos que o segundo papel (ou pilar) do Direito Constitucional Internacional deve ser o de estruturar o mundo por intermédio da recriação da Organização das Nações Unidas (ONU). E como se reestruturaria a ONU? A resposta é: pela democracia representativa! E do seguinte modo: cada um dos 193 Estados soberanos hoje existentes no mundo teria dois âmbitos de representação na ONU, quais sejam: (i) um equivalente ao Senado de um Estado federal – como o Brasil –, com, por exemplo, dois ou três representantes, independentemente da sua densidade populacional, de modo que China e Paraguai teriam o mesmo número de representantes destes dois Estados; (ii) outro representativo do povo de cada um dos 193 Estados soberanos hoje existentes na Comunidade Internacional, proporcional ao número de eleitores de cada um desses países, estabelecendo-se, evidentemente, um número máximo e um número mínimo de representantes.

Do modo sucintamente descrito no parágrafo anterior, ter-se-ia um órgão político internacional (a ONU) reestruturado e democrático, e isso, indubitavelmente, seria substrato material para a criação efetiva de um Tribunal Constitucional Internacional que, por funções, seria a Corte Mundial de controle de constitucionalidade das normas estruturantes da nova ONU (a verdadeira e reformulada *Cosmópolis*) e das normas internacionais de Direitos Humanos, todas elas – as normas estruturantes e as de Direitos humanos – superiores hierarquicamente às normas domésticas dos 193 países-membros da ONU.

CONCLUSÕES

A globalização era só econômica; mas, há tempos, ela se tornou também globalização

política e jurídica, sendo por esta razão que se percebe debutante um verdadeiro Direito da Pós-Modernidade, o *Direito Constitucional Internacional*; daí a necessidade de um *Tribunal Constitucional Internacional*, o qual seria o guardião da estrutura da *Cosmópolis* ONU e que (ii) privilegiaria, essencialmente, as normas de Direitos Humanos, mesmo aquelas contidas em Declarações (não advindas de tratados internacionais, *soft law*...???). Resulta tal possibilidade jurídica do *admirável* “Mundo Novo” e implica isso não só na superação dos alicerces do Estado-nação, mas na multiplicação de organismos judiciais (ou decisórios) supranacionais (na União Europeia) e internacionais (no mundo todo, neste caso pelas mãos da ONU).

Fica apresentado aos leitores deste livro o que hodiernamente pode – com trunfos científicos! – ser entendido como *Neoconstitucionalismo* ou *Neointernacionalismo*, e uma *Neojurisdição* é esperada e já se vê presente – para operacionalizar a supremacia do Direito Constitucional Internacional.

À guisa de conclusão, afirmamos que o Direito Internacional deve mostrar-se como um Direito superior – e isto deve ser garantido pelos Tribunais Internacionais e aceito pelos Estados! –, senão ele (o DIP) sempre estará sujeito aos unilateralismos das Constituições e dos Estados.

De toda sorte, ambos – Direito Internacional e Direito Constitucional – muito mais se aproximam na TGD (Teoria Geral do Direito) do que se afastam, e disso não temos dúvida uma vez que ambos organizam ora a *Polis*, ora a *Cosmópolis*, e na *polis* (ou na *Cosmópolis*) definem e garantem Direitos Humanos.

Há que se tomar posição: portanto, opinamos pela superioridade hierárquica do Direito Constitucional Internacional, e oxalá seja ela garantida pelas jurisdições! Gritamos, outrossim por imediatas conversações convergentes para a criação do Tribunal Constitucional Internacional, Corte esta que – repita-se! – cumpriria dois papéis: 1º- ela seria a guardiã dos Direitos Fundamentais internacionais; 2º- ela seria a guardiã de uma nova e reestruturada ONU (*Cosmópolis*).

BIBLIOGRAFIA REFERENCIAL

- FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo – O que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Après l'État Nation*. Paris: Fayard, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2001.
- LEBEN, Charles. *Hans Kelsen: écrits français de droit international*. Paris: PUF, 2001.
- MACHADO, Jónatas, E. M. *Direito internacional do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. 1. ed. Tradução: Alexandre Coutinho Pagliarini. Prefácio: Jorge Miranda: Apresentação: Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva, 2014.

O SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

• • • • •
Ana Lúcia Gasparoto

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina; Especialista em Metodologia DAE Ação Docente pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília; Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, UNESP, Campus de Marília.

José Blanes Sala

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo; Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo; Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo; Professor Adjunto da Universidade Federal do ABC.

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo investigar o mais avançado sistema regional de proteção dos direitos humanos, o Sistema Europeu de Direitos Humanos. Este sistema, criado pelo Conselho Europeu, serviu como modelo para outros países criarem seus próprios sistemas de direitos humanos. Todos os direitos protegidos por este sistema estão contidos em uma Convenção e nos Protocolos Adicionais, dos quais os mais importantes são os de número 11 e 14.

Palavras Chave

Conselho da Europa; Tribunal Europeu de Direitos Humanos; Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Convenção Americana de Direitos Humanos.

INTRODUÇÃO

Em razão das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, ao final desta surge no continente europeu a ideia de se construir relações pacíficas e duradouras em todo o continente, o que acabou por motivar a realização do Congresso de Haia em maio de 1948.

Dentre as realizações deste Congresso, cumpre ressaltar o estabelecimento de um comitê político de ligação¹, e a aprovação da criação de um Parlamento Europeu² (SOARES, 2009, p. 6).

O Congresso de Haia resultou de empreendimento não-governamental³, apesar de ter sido iniciativa do governo inglês reunir, na cidade de Londres, uma Conferência Europeia em março de 1949 (BALLALOU, 1984, p.102).

Entretanto, seu ideal de uma Europa unida teve reflexo na declaração do Ministro dos Estrangeiros francês (Ministro Bidault) que, na assinatura do Tratado de Aliança de Bruxelas – entre França, Reino Unido e Benelux⁴ –, em julho de 1948, recomendou que, como forma de “dar os primeiros passos” na construção de uma Europa unida, fosse criada uma união econômica e monetária entre os países, bem como a criação de um Parlamento Europeu (SOARES, idem).

Após a impactante declaração do Ministro Bidault, o Congresso de Haia e sua Moção Final, em 05 de maio de 1949, foi assinado o Tratado de Londres⁵, que criou o Estatuto do Conselho da Europa (BALLALOU, idem; SOARES, idem; RODRIGUES, 2006, p. 09).

1. O CONSELHO DA EUROPA

O Conselho da Europa se originou do Comitê internacional de coordenação de movimentos pela unidade da Europa. Como resultado do Congresso de Haia de maio de 1948, grandes resoluções foram tomadas: o desejo expresso de estabelecer um Parlamento Europeu, com a função de integrar política e economicamente o continente; e foi considerada a instauração de uma proteção jurisdicional eficaz dos direitos humanos através de uma jurisdição internacional, ou seja, um tribunal internacional (BALLALOU, op. cit., p. 101).

Na época da criação do Conselho, o Reino Unido era a maior potência da Europa, razão pela qual foi aceita a determinação do governo britânico de que o Estatuto do Conselho da Europa tivesse um comitê de ministros representando os governos nacionais, juntamente com um órgão parlamentar (SOARES, *idem*).

Este Conselho tem como objetivo a realização de uma união mais estreita entre seus Estados membros, com o intuito de salvaguardar e de promover os ideais e os princípios que são seu patrimônio comum, bem como o favorecimento do progresso econômico e social desses membros.

Para atingir sua finalidade, este Conselho examina questões de interesse comum, “pela conclusão de acordos e pela adoção de uma ação comum nos domínios econômico, social, cultural, científico, jurídico e administrativo, bem como pela salvaguarda e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais” (ESTATUTO do Conselho da Europa, art.1, b).

No caso de os membros do Conselho da Europa fazerem parte de outras organizações internacionais, a participação destes no Conselho não deve afetar sua contribuição nas tarefas da Organização das Nações Unidas, e de outras organizações ou uniões internacionais das quais façam parte. Ademais, não compete ao Conselho as questões referentes à defesa nacional (Estatuto, *op. cit.*, art. 1, c, d).

Em razão dos princípios constantes no art. 3 do Estatuto do Conselho⁶, os Estados Membros do Conselho criaram o mais avançado sistema de proteção dos direitos humanos, que, atualmente, serve de paradigma aos demais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos criados posteriormente (DAUDÍ, 2006, p. 112).

O sistema europeu de direitos humanos é vinculado ao Conselho da Europa por dois motivos. Primeiramente porque somente os Estados-membros do Conselho podem ser parte na Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e em seus protocolos adicionais, e na Carta Social Europeia e seus protocolos. Em segundo lugar, pelas funções que os órgãos do Conselho da Europa exercem em relação à proteção dos direitos humanos (DAUDÍ, *op. cit.*, pp. 122-113).

Ademais, todos os Estados-membros do Conselho da Europa ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (DAUDÍ, *op. cit.*, p. 113).

Mais do que qualquer outra organização internacional, o Conselho da Europa está ligado à defesa dos direitos humanos e liberdades fundamentais. (BALLALOU, *op. cit.*, p. 102).

Quando da sua fundação, o Conselho da Europa teve a adesão de dez membros⁷ e, atualmente, possui quarenta e sete membros⁸, ou seja, quase todos os países do continente europeu.

2. A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – ou Convenção Europeia de Direitos Humanos – foi adotada em Roma em 4 de novembro de 1950, e entrou em vigor na ordem internacional em 3 de setembro de 1953 (CONVENTION de Sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés Fondamentales).

Logo no preâmbulo da Convenção nota-se a ênfase em “assegurar o reconhecimento e a aplicação universais e efetivos dos direitos” enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como que os Estados-membros da Convenção estão decididos “... a tomar as providências apropriadas para assegurar a garantia coletiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal” (CONVENTION, *idem*).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é a fonte primária, o texto base para a redação da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Aliás, esta Convenção é a “primeira medida destinada a dotar de conteúdo jurídico alguns dos direitos proclamados na Declaração Universal”. (DAUDÍ, *idem*).

A Convenção é considerada primeiro passo e também ponto de partida do desenvolvimento progressivo do reconhecimento e da proteção, em âmbito internacional, dos direitos humanos (DAUDÍ, *idem*).

O artigo 1º da Convenção Europeia dispõe que “As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades” presentes na Convenção, e trata da obrigação dos Estados-membros de respeitar os direitos humanos enumerados, ou seja, estes Estados devem reconhecer a toda

pessoa sob sua jurisdição, os direitos e liberdades elencados neste tratado.

Ao interpretar a Convenção, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos está atento para que se leve em conta a natureza particular desta, por se tratar de um instrumento convencional de uma ordem pública europeia para proteção dos direitos humanos (DAUDÍ, op. cit., p. 116).

Nesta interpretação, a Corte também afirma que a Convenção é um tratado multilateral com âmbito regional de aplicação, particularmente o âmbito jurídico dos Estados-membros (DAUDÍ, idem). Assim sendo, não será aplicado em todo mundo, mas somente no continente europeu e, mais ainda, somente no âmbito dos Estados europeus que são membros da Convenção.

Ainda, a Corte Europeia entende que o art. 1 da Convenção reflete a concepção ordinária e essencialmente territorial da jurisdição dos Estados, própria do Direito Internacional Público.

A jurisprudência da Corte Europeia só tem admitido que um Estado exerça sua competência territorial fora de seu território em caráter excepcional⁹.

Em sua primeira parte, a Convenção Europeia de Direitos Humanos determina que devem ser respeitados os seguintes direitos: direito à vida (art. 2), proibição da tortura (art. 3), proibição da escravidão e do trabalho forçado (art. 4), direito à liberdade e à segurança (art. 5), direito a um processo equitativo (art. 6), princípio da legalidade (art. 7), direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8), liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 9), liberdade de expressão (art. 10), liberdade de reunião e de associação (art. 11), direito ao casamento (art. 12), direito a um recurso efetivo (art. 13), proibição de discriminação (art. 14).

Ainda na primeira parte, a Convenção dispõe acerca da derrogação das obrigações em casos de necessidade (art. 15), restrições à atividade política dos estrangeiros (art. 16), proibição do abuso de direito (art. 17), e limitação da aplicação de restrições aos direitos (art. 18).

A segunda parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos trata do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, matéria que será devidamente abordada no capítulo 4 do presente trabalho.

Esta Convenção possui 14 Protocolos Adicionais¹⁰, que emendaram e modificaram o texto original da Convenção, com o objetivo de

aprimorar os direitos nestes presentes, bem como os trabalhos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O primeiro Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Direitos Humanos aborda os direitos à propriedade, à instrução e a eleições livres¹¹.

O Protocolo Adicional nº 2 outorga à Corte Europeia de Direitos Humanos a competência para emissão de opiniões consultivas¹².

O Protocolo nº 3 altera os artigos 29, 30 e 34 da Convenção¹³, enquanto o Protocolo nº 5 altera os artigos 22 e 40 da Convenção¹⁴.

O Protocolo nº 4 proíbe a prisão por dívida contratual, bem como a expulsão coletiva de estrangeiros¹⁵.

O Protocolo nº 6 proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra ou iminência dela¹⁶.

O Protocolo nº 7 prevê uma série de direitos: garantias processuais em caso de expulsão de estrangeiros, duplo grau de jurisdição em matéria criminal, igualdade de posição jurídica dos cônjuges, direito à indenização por condenação resultante de erro judiciário, e a proibição de mais de um julgamento ou punição pelo mesmo fato¹⁷.

O Protocolo nº 8 modificou os artigos 20, 21, 23, 28, 29, 30, 31, 34, 40, 41 e 43 da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁸.

A entrada em vigor deste protocolo aprimorou o trabalho da antiga Corte e, sobretudo, da antiga Comissão. A Comissão criou salas encarregadas de resolver os casos que apresentavam dificuldades particulares, e também comitês de três membros, encarregados de rejeitar, por unanimidade, demandas individuais manifestamente inadmissíveis ou que poderiam ser eliminadas da lista de casos pendentes (GIALDINO, p. 05, acesso em 2012).

Ademais, a constante vigilância das antigas Comissão e Corte contribuíram para aprimorar seus métodos de trabalho, e contribui para aumentar o número de resoluções de contenciosos do sistema europeu (idem).

O Protocolo nº 9 alterou os artigos 31, 44, 45 e 48 da Convenção¹⁹. Este protocolo melhorou o *locus standi*²⁰, pois conferiu ao indivíduo a possibilidade de levar seu caso junto à Corte, após a intervenção da antiga Comissão (idem).

O Protocolo nº 10 alterava o art. 32 § 1º da Convenção²¹.

O Protocolo nº 11 alterou substancialmente o texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos, tornando sem objeto alguns Protocolos. Revogou o Protocolo nº 9 e adicionou epígrafes aos artigos da Convenção e de vários Protocolos²². Este Protocolo será abordado de forma aprofundada no subtítulo 2.2.1, devido às alterações substanciais que trouxe o texto da Convenção.

O Protocolo nº 12 trata da proibição de discriminação em razão de sexo, raça, cor, língua, religião, convicções políticas ou outras. Também proíbe que se discrimine pela origem nacional ou social, pelo fato de a pessoa pertencer a uma minoria nacional, por sua condição econômica, por sua condição de nascimento, ou por outra situação²³.

O Protocolo nº 13 revogou o Protocolo nº 6 e proibiu de forma definitiva a pena de morte, eliminando, assim, a possibilidade de aplicação da pena capital em casos de guerra ou de sua iminência²⁴.

O Protocolo nº 14 é considerado um dos mais controversos dos últimos anos, em razão das profundas mudanças que imprimiu à estrutura da Corte Europeia de Direitos Humanos. Este Protocolo produz diversas mudanças com o objetivo de dar vazão à crescente demanda ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em razão do ingresso de numerosos países no Conselho da Europa. Este ingresso, por sua vez, ocorreu devido ao processo acelerado a partir da desintegração da União Soviética, a queda do Muro de Berlim, e a redemocratização do Leste Europeu. Este Protocolo foi aberto à adesão em 13 de maio de 2004, e entrou em vigor em 1º de junho de 2010. Este Protocolo também será abordado de maneira mais aprofundada, no subtítulo 2.2.2.

O Protocolo nº 14 bis foi instituído em razão da demora da entrada em vigor do Protocolo nº 14. Este Protocolo é considerado uma versão concisa – porque só afeta o conteúdo dos artigos 25, 27 e 28 da Convenção – e provisória, pois teve validade apenas até a entrada em vigor do Protocolo nº 14.

2.1. O Protocolo 11

O Protocolo à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, relativo à reestruturação do mecanismo de controle estabelecido pela

Convenção, ou Protocolo 11, foi instituído²⁵ devido à necessidade e urgência de uma reestruturação do mecanismo de controle da Convenção, para a manutenção e o reforço da eficácia dos direitos e liberdades previstos na Convenção. Essa necessidade foi provocada pelo aumento do volume das petições e pelo número crescente de membros do Conselho da Europa (CONVENTION, preâmbulo Protocolo 11).

A demora gerou uma crise particularmente sensível e fundamental do sistema europeu porque a Convenção Europeia determina que toda pessoa tem direito a que sua demanda seja ouvida “em um prazo razoável” (art. 6.1), e eram precisamente os dois maiores órgãos de controle (as anteriores Comissão e Corte) os que se encontravam impossibilitados de satisfazer o mencionado direito (GIALDINO, 1999, p. 4).

Também porque, à época, o sistema europeu de proteção dos direitos humanos funcionava com a Comissão Europeia de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, ambas sem atuar como organismo permanente. A Comissão era composta por “experts” em direitos humanos, e a Corte por juízes, mas o Comitê de Ministros também podia ter funções jurisdicionais (DÍAZ, acesso em 2012).

Assim, considerou-se que a competência para declarar a admissibilidade de uma causa na Corte era demasiado importante para que fosse exercida por pessoas que não eram juízes, no caso os membros da Comissão Europeia de Direitos Humanos (idem).

Além do que, constatava-se que, pouco a pouco, o Tribunal começava a apresentar um atraso na resolução de suas causas, fato que, por si só, já era considerado como suficiente para demandar uma reforma estrutural do sistema europeu de proteção dos direitos humanos.

Outros elementos também comprometiam o funcionamento do sistema, tais como a insuficiência no número de juristas, e a ausência de meios de investigação frente ao aumento de demandas e ao ingresso de novos membros (GIALDINO, op. cit., p. 4).

O artigo 1º do Protocolo nº 11 dispõe que o texto – até então em vigor – dos títulos II e IV da Convenção, que correspondiam aos artigos 19 a 56, e o Protocolo nº 2, que atribuía ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos competência para emissão de pareceres, são substituídos pelo título II da Convenção Europeia de Direitos, que

agora vigora, e se refere aos artigos 19 a 51 da Convenção; ou seja, à parte da Convenção que trata da Corte Europeia de Direitos Humanos.

O artigo 2º deste Protocolo explica quais são os artigos modificados, bem como expressões utilizadas no texto de alguns artigos e textos inseridos nos mesmos²⁶; também nomeia os artigos e protocolos da Convenção (art. 2º, 5, a).

Os artigos 3º e 4º do Protocolo 11 abordam, respectivamente, a assinatura, ratificação e depósito do Protocolo pelos Estados membros, a entrada em vigor desse Protocolo e a eleição dos novos juízes²⁷.

O artigo 5º dispõe, especificamente, de como será feito o trabalho a partir da data da entrada em vigor do Protocolo 11.

O artigo 6º deste Protocolo diz que, tendo o Estado reconhecido a competência da antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos, ou a jurisdição da Corte mediante declaração prevista nos artigos 25 e 46 da antiga Convenção (antes da reforma do Protocolo 11), exclusivamente para assuntos, fundamentos ou fatos posteriores à declaração, essa restrição deverá ser aplicada à jurisdição do Tribunal, nos termos do Protocolo 11.

Cabe ao Secretário-Geral do Conselho da Europa notificar os Estados membros do Conselho sobre qualquer assinatura, depósito de instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, da data de entrada em vigor deste Protocolo, e de qualquer outro ato de notificação ou comunicação relacionados com o Protocolo 11, de acordo com o disposto no art. 7º.

Finalmente, o Protocolo 11 inseriu os atuais títulos do texto da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais²⁸, e dos Protocolos adicionais à Convenção²⁹.

O Protocolo nº 11 está em vigor desde 1º de novembro de 1998.

Este Protocolo efetuou uma profunda mudança no sistema europeu de proteção dos direitos humanos. Talvez a mudança mais significativa tenha sido extinguir a Comissão Europeia de Direitos Humanos, sob a alegação de que esta, apesar de ser composta por especialistas em direitos humanos, não era composta por juízes, e que caberia a juízes a importante tarefa de declarar se um caso seria ou não admissível para ser analisado e julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Ora, sendo um sistema regional de proteção de direitos humanos, o fato de não ter uma Comissão, pode gerar distintos posicionamentos.

Pode-se pensar que está correto, pois assim sendo, qualquer pessoa que esteja sob jurisdição da Corte regional e sentir que algum direito seu (que esteja protegido pela Convenção correspondente a este sistema), tem o direito de peticionar diretamente à Corte. Isso pode ser considerado um avanço, bem como um exemplo a ser seguido pelos demais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Isso porque se permite que uma pessoa possa recorrer a um organismo internacional de proteção dos direitos humanos para demandar contra um Estado por violação de direitos humanos.

Todavia, apesar da alegação de que uma reforma no sistema europeu daria maior agilidade na execução dos trabalhos – devido à demora na resolução das causas do sistema –, ao longo do tempo o que se observa é um revés na situação. Justamente com o aumento de Estados que aceitaram a competência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a possibilidade de a pessoa demandar diretamente perante este tribunal, houve um aumento significativo no número de demandas.

A solução encontrada para resolver a situação foi a adoção do Protocolo 14 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

2.2. O Protocolo 14

Com a entrada em vigor em 1º de junho de 2010, o Protocolo nº 14, como já havíamos dito anteriormente, é considerado um dos mais controversos dos últimos anos, devido às profundas alterações que introduziu na estrutura da Corte Europeia de Direitos Humanos.

As razões para essa transformação no Tribunal Europeu de Direitos Humanos são, além do aumento da demanda neste tribunal, o fato de que era a antiga Comissão quem declarava ou não a admissibilidade de uma causa, função esta que, com a introdução do Protocolo 11 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, passou a ser exercida pelo Tribunal.

O art. 1º determina que o nº 2 do art. 22 da Convenção Europeia de Direitos Humanos seja suprimido.

Em seu o art. 2º, o Protocolo 14 altera o art. 23 da Convenção nos seguintes termos: os juízes passam a ser eleitos por um período de nove anos, sem a possibilidade de reeleição; o mandato do juiz cessa assim que este complete a idade de 70 anos; apesar de os juízes continuarem em seus cargos até serem substituídos, os mesmos continuarão a ocupar-se dos assuntos que já lhes tinham sido cometidos. Para que um juiz seja afastado de suas funções, é necessário que seja uma decisão tomada pelos demais juízes, que o fazem por votação. Essa votação deve ter a maioria de dois terços, e a causa do afastamento deve ser por esse juiz não mais corresponder aos requisitos exigidos.

O art. 3º do Protocolo exclui o antigo art. 24 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e o art. 4º deste Protocolo indica que o art. 25 passa a ser o art. 24, com a seguinte redação: o Tribunal Europeu de Direitos Humanos terá uma secretaria, cujas tarefas e organização serão definidas no regulamento deste Tribunal; e que, sempre que o tribunal funcionar como tribunal singular, o Tribunal Europeu será assistido por relatores (integrantes da secretaria do Tribunal Europeu de Direitos Humanos) que exercerão suas funções sob a autoridade do Presidente do Tribunal.

O art. 5º, ao tratar da Assembleia Plenária do Tribunal, dispõe das alterações do art. 26 da Convenção, que passa a ser o art. 25³⁰.

Seguindo a linha dos artigos anteriores, o art. 6º do Protocolo diz que o antigo art. 27 da Convenção Europeia passa a ser o art. 26, com alterações referentes ao seu conteúdo, qual seja, o Tribunal singular, comitês, seções e o Tribunal Pleno³¹.

Também é inserido na Convenção um novo art. 27, que trata da competência dos juízes singulares. Diz o art. 7º que qualquer juiz singular pode declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar qualquer petição formulada nos termos do art. 34 se tal decisão puder ser tomada sem apreciação posterior; a decisão é definitiva; e que, se o juiz singular não declarar a inadmissibilidade de uma petição, ou não mandar arquivá-la, o juiz a transmitirá a um comitê ou a uma seção, para ser apreciada posteriormente.

O art. 8º do Protocolo dispõe sobre as alterações do art. 28 da Convenção, que trata da competência dos comitês. Diz o referente artigo que um comitê pode, por decisão unânime,

declarar inadmissível uma petição ou mandar arquivá-la, sempre que essa decisão puder ser tomada sem apreciação posterior, ou declarar a admissibilidade de uma petição e, ao mesmo tempo, proferir uma sentença quanto ao fundo, e que essas decisões ou sentenças são definitivas.

O comitê pode fazer isso sempre que a questão subjacente (ou seja, a questão que está implícita) ao assunto da petição e relativa à interpretação ou à aplicação da Convenção e/ou de seus respectivos protocolos seja objeto de jurisprudência do Tribunal.

O artigo 12 do Protocolo alterou o artigo 35, ao declarar que a Corte Europeia de Direitos Humanos irá declarar a inadmissibilidade de qualquer petição individual quando considerar que tal petição é incompatível com a Convenção ou seus Protocolos, quando a petição for mal fundamentada ou tiver conteúdo considerado abusivo, ou quando o autor da petição não sofreu nenhum prejuízo significativo, salvo no caso de o respeito aos direitos humanos garantidos na Convenção e em seus Protocolos exigir um exame da petição no tocante ao fundo – contanto que esta apreciação seja motivo para a rejeição de qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno.

O artigo 13 alterou o artigo 36, ao introduzir conteúdo determinando que, em matéria de assuntos pendentes numa seção ou no Tribunal, o Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa pode formular observações por escrito e participar das audiências do Tribunal Europeu.

O artigo 14 do Protocolo, ao alterar o artigo 38 da Convenção, dispõe que o Tribunal irá proceder, juntamente com os representantes das Partes, a uma apreciação contraditória e, se for o caso, realizará um inquérito. Para a eficaz condução deste inquérito, as Partes interessadas devem fornecer todas as facilidades necessárias.

O artigo 16 do Protocolo 14 altera o artigo 46 da Convenção, e trata da força vinculativa e da execução das sentenças.

A alteração feita pelo artigo 17 do Protocolo 14 no artigo 59 da Convenção foi a introdução do texto que diz que a União Europeia poderá aderir à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Os artigos 18 a 22 tratam de abertura de assinatura, ratificação e entrada em vigor do presente Protocolo, e da notificação aos Estados membros do Conselho da Europa.

O Protocolo 14, ao reformular artigos da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, permitiu que casos repetidos fossem decididos por um comitê³² ao invés de uma sala. Estes casos repetitivos são aqueles em que a jurisprudência do Tribunal já se encontra bem assentada, como, por exemplo, as reclamações referentes à demora em tramitação de processos.

A modificação do artigo 46, parágrafo 1, não é, portanto, negligenciável na prática: se, de um lado, esta transformação reduz a autonomia que os Estados tiveram até o momento neste domínio, por outro lado, esta modificação aprimora o funcionamento do sistema de garantias, ao determinar as condições que aliviam, de forma importante, a carga de trabalho do Tribunal (STARACE, 2007, p. 27).

As importantes inovações introduzidas pelo Protocolo 14, quanto à organização da Corte Europeia de Direitos Humanos e suas regras de procedimento, refletem a vontade de simplificar o trabalho da Corte em face do crescente número de casos individuais. As soluções encontradas visam tornar mais eficiente o trabalho do Tribunal e, de modo mais geral, contribuir para a função primária de Corte, para assegurar a eficácia do sistema de proteção como um todo (SALERNO, 2007, p. 53).

Como consequência destas modificações, o juiz da Corte é chamado a exercer seu ofício, principalmente em relação aos “grandes casos”, e sua função é resolver questões fundamentais de interpretação da CEDH, qualificar graves e estruturais violações por parte de um Estado membro, ou confirmar tal avaliação em caso de falta de sentença. Isto ocorre principalmente em relação aos casos em que as petições individuais, manifestamente inadmissíveis ou repetitivas são, assim, objeto de uma simplificação processual (idem, pp. 53-54).

A diversificação do regime processual resulta, para a Corte, em uma organização mais complexa, agora articulada em quatro níveis: o juiz singular, o Comitê de três juízes, a Câmara de cinco ou sete juízes, e a Grande Câmara (*la Grande Chambre*) (idem, p. 53).

Possivelmente, a mais controversa das alterações implementadas por este protocolo tenha sido a criação de uma nova causa de inadmissibilidade, a que determina que um demandante deva ter sofrido algum prejuízo importante. Para tanto, se buscou expressar de

maneira clara que uma demanda não poderia ser declarada inadmissível se a relevância dos direitos implicados exigir o exame de fundo do assunto (DÍAZ, op. cit., p. 03).

Há que se evitar interpretações errôneas, posto que, ao examinar a fundamentação da demanda, verificando que houve violação dos direitos elencados na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ou em seus Protocolos Adicionais, considera-se que o autor da demanda sofreu prejuízo importante.

Em razão da demora da entrada em vigor do Protocolo nº 14, foi instituído o Protocolo nº 14bis, em caráter provisório, já que a intenção era que fosse válido apenas até a entrada em vigor do Protocolo nº 14. Assim, o Protocolo 14bis teve vigência de 1º de outubro de 2009 a 1º de junho de 2010, data da entrada em vigor do Protocolo nº 14.

Este Protocolo Adicional temporário foi instituído para dar agilidade aos processos no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e propunha a possibilidade de uma filtragem dos casos por juiz único, assistido por assessores, ao invés de haver quatro seções de sete juízes mais o Pleno de dezessete juízes, e também a decisão dos casos repetitivos por comitês de três juízes designados pelas seções. Assim sendo este Protocolo só afetava o conteúdo dos artigos 25, 27 e 28 da Convenção.

3. A COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Apesar de a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais ter sido assinada pelos Estados-membros do Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, e entrado em vigor em 3 de setembro de 1953, esta Convenção passa a ser efetivamente aplicada a partir de 5 de julho de 1955, quando se dá o reconhecimento da competência da Comissão Europeia de Direitos Humanos para examinar casos individuais (DUPUY, 1957, p. 29).

Embora a Comissão Europeia de Direitos Humanos tenha deixado de existir em 1998, em razão da reestruturação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, este organismo teve um papel importante na assistência da Corte Europeia de Direitos Humanos no período de 1953 a 1998 (COUNCIL, acesso em 2012).

Em sua origem, o sistema europeu de direitos humanos contemplava a existência de três organismos principais: a Comissão Europeia de Direitos Humanos, o Comitê de Ministros e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, sendo que tanto o Tribunal quanto a Comissão Europeia não eram órgãos permanentes.

O antigo Tribunal Europeu era composto por juizes, e a antiga Comissão por experts em direitos humanos, os quais tinham a importante função de se pronunciarem acerca da admissibilidade das demandas. Cumpre salientar que cerca de 90% (noventa por cento) das demandas eram consideradas inadmissíveis pela Comissão Europeia de Direitos Humanos (DÍAZ, p. 01).

Também e igualmente importantes eram as seguintes funções da Comissão Europeia de Direitos Humanos: filtrar as demandas, promover a tentativa de solução amistosa entre as partes, emitir parecer sobre o fundo (questão principal) das demandas declaradas admissíveis e que não foram resolvidas por via amistosa, investigar os fatos e o direito aplicável, elaborar parecer sobre a violação ou não da Convenção Europeia de Direitos Humanos, decidir levar a demanda à Corte Europeia de Direitos Humanos, desempenhar o papel de auxiliar da Corte, e decidir acionar o Comitê de Ministros (GIALDINO, p. 3; RAMOS, 2002, p. 189).

A antiga Corte Europeia tinha jurisdição para resolver demandas que haviam recebido parecer da Comissão Europeia. (Idem, idem).

O Comitê de Ministros tinha a função de resolver as demandas que, após o parecer da Comissão, não haviam sido submetidas à Corte, e de supervisionar o cumprimento de sentenças da Corte (Idem).

Até a entrada em vigor do Protocolo nº 9, a pessoa somente podia apresentar uma demanda ante a Comissão Europeia de Direitos Humanos, desde que o Estado tivesse reconhecido a competência da Comissão, tal como ocorre no sistema interamericano de direitos humanos.

Tal como ainda ocorre no sistema interamericano de direitos humanos, no antigo sistema europeu de proteção dos direitos humanos, os indivíduos não podiam submeter um assunto à antiga Corte Europeia de Direitos Humanos; apenas a Comissão e o Estado tinham legitimidade para tanto. A jurisdição da

antiga Corte só era obrigatória para os Estados que reconheciam sua competência.

A Comissão era composta por um número de membros igual ao número de Estados contratantes, não podendo haver mais do que um nacional do mesmo Estado. Estes membros eram eleitos pelo Comitê de Ministros e exerciam seu mandato por seis anos, durante os quais deveriam atuar de forma independente (RAMOS, 2002, p. 88).

Essa independência dos membros eleitos da Comissão está assegurada por garantias idênticas às de um juiz da Corte, e era reforçada pela independência da própria Comissão, pois esta estabelecia seu próprio regulamento interno, e elegia o seu Presidente e Vice-Presidente, por um período três anos. Cada Câmara elegia um Presidente e um Vice-Presidente, que teria um mandato de dezoito meses (idem; COUNCIL, 1955, p. 09).

O art. 39, parágrafo 3º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, combinado com o art. 2º do Protocolo nº 8, determinava como requisitos para o exercício da função de membro da Comissão possuir as mesmas qualificações morais e de competência técnica de um juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos (RAMOS, 2002, p. 188).

A análise da admissibilidade dos casos era feita por três membros da Comissão, que podiam rejeitar, por unanimidade, um caso enviado a este órgão. Nessa análise, os membros da Comissão verificavam a competência material, temporal, pessoal e territorial da demanda. Para tomar decisões em casos considerados de maior complexidade era formada uma Câmara composta por sete pessoas. (COUNCIL, acesso em 2012; RAMOS, pp. 192-193).

A competência material trata dos direitos protegidos pela Convenção Europeia; a competência temporal diz que apenas os fatos ocorridos após a ratificação da Convenção pelo Estado ofensor seriam analisados pela Comissão Europeia; a competência pessoal determina que somente o Estado membro pode ser considerado violador da Convenção.

A competência territorial diz que somente fatos realizados no território dos Estados membros, ou que tenham sido cometidos no exterior por autoridade pertencente a um destes Estados membros da demanda poderiam ser

averiguados pela Comissão (RAMOS, op. cit., p. 193).

Declarada a admissibilidade de uma demanda, a Comissão estabelecia os fatos por meio de procedimento corroborado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, e propunha a conciliação entre as partes. Entretanto, a Comissão impunha como limite a esta conciliação, que fossem respeitados os direitos fundamentais, pois estes não podem ser negociados. O cumprimento deste limite era observado pela Comissão no momento da homologação do acordo entre as partes – ofensor e ofendido (Idem, p. 194).

Após a homologação do acordo firmado entre as partes, com o relatório final emitido pela Comissão, o assunto não poderia mais ser discutido ante os órgãos da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Geralmente, o Estado exigia que fosse incluído, no acordo, cláusula de não reconhecimento de violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, sendo que esta cláusula era considerada inerente a um compromisso amistoso, e a Comissão assim o fazia, tendo em vista o interesse do indivíduo (Idem, p. 194).

Na redação final do acordo de solução amistosa, o indivíduo, requerente da demanda, participava de maneira ativa em sede internacional, por meio de troca oficial de ofícios entre este e o Estado, por intermédio da Comissão Europeia de Direitos Humanos. Era através desta troca oficial de ofícios que se buscava uma solução amigável, onde o Estado requerido esclarecia quais medidas reparatórias tomaria, e o indivíduo requerente declarava o aceite destas medidas, bem como declarava a renúncia a outras vias de recurso. (Idem, p. 194).

O Estado se comprometia a efetuar a reparação do dano tanto geral, como individual, tendo em vista que o “o requerente pode não ser o único a ter seus direitos amesquinhados”. A reparação geral – ou solução geral – seria o comprometimento do Estado quanto às medidas gerais – tais como mudanças de práticas administrativas – a serem tomadas diante dos demais casos de violação de direitos humanos, pela mesma razão da demanda do indivíduo (exigência da Comissão Europeia que visava a economia processual, já que evitava “uma avalanche de casos idênticos”), e individual,

que seria a reparação do dano causado à parte requerente da demanda (Idem, p. 195).

Apesar de a solução amistosa criar obrigações internacionais para as partes, a Convenção Europeia não prevê, de forma expressa, os meios para verificar o cumprimento das obrigações assumidas. O “novo” Tribunal Europeu de Direitos Humanos assegura o respeito a este acordo tal como se faz com a sentença (idem, p. 196).

Se as partes não chegassem a uma solução amigável, a Comissão encaminhava, ao Comitê de Ministros, um relatório sobre os fatos estabelecidos, com um parecer dizendo se havia ou não ocorrido uma violação dos direitos humanos.

Este parecer era feito com base no artigo 31 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, antes da reforma do sistema pelo Protocolo Adicional nº11, e era denominado relatório “31” (idem, p. 197).

Todavia, este relatório não tinha força vinculante, tal como uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos ou do Comitê de Ministros. Assim mesmo, geralmente era aceita pela Corte e pelo Comitê.

Finalmente, se a demanda não fosse deferida pela Corte dentro dos três meses de comunicado o informe da Comissão ao Comitê de Ministros, este comitê seria o encarregado de resolver a demanda de forma definitiva e obrigatória (GIALDINO, idem).

E, tendo o Estado requerido aceitado a jurisdição obrigatória do Tribunal, a Comissão e qualquer Estado contratante dispunham de um prazo de três meses, a contar da transmissão do relatório ao Comitê de Ministros, para enviar o caso ao Tribunal. Este último proferiria então uma decisão definitiva e vinculativa. Os particulares não podiam pedir a intervenção do Tribunal.

No caso de a queixa não ser transmitida ao Tribunal, incumbia ao Comitê de Ministros decidir se existia ou não uma violação da Convenção e arbitrar, eventualmente, uma reparação razoável à vítima. O Comitê de Ministros era igualmente responsável pela vigilância da execução dos acórdãos do Tribunal (COUNCIL, acesso em 2012).

Apesar de a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais ter sido assinada pelos Estados-

membros do Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, e entrado em vigor em 3 de setembro de 1953, esta Convenção passa a ser efetivamente aplicada a partir de 5 de julho de 1955, quando se dá o reconhecimento da competência da Comissão Europeia de Direitos Humanos para examinar casos individuais (DUPUY, 1957, p. 29).

Uma característica interessante do antigo sistema europeu de direitos humanos era a seguinte: o fato de o Estado reconhecer o direito à demanda individual ante à Comissão Europeia de Direitos Humanos, bem como o reconhecimento da jurisdição da Corte Europeia eram, além de independentes um do outro, não constituíam requisitos para que esses Estados resultassem parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ademais, a declaração de reconhecimento destes direitos podia ser feita por período determinado, o que foi feito com certa assiduidade por parte dos Estados europeus naquele momento (GIALDINO, *idem*).

4. O COMITÊ DE MINISTROS

Os artigos 13º a 21º do Capítulo IV do Estatuto do Conselho da Europa trata do Comitê de Ministros, órgão deste Conselho formado pelos Ministros de Relações Exteriores de cada Estado membro do Conselho.

À época da Comissão Europeia de Direitos Humanos, este comitê tinha função de apreciação de demandas decidindo, por maioria de dois terços, se houve violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos por parte do Estado, e como o Estado seria responsabilizado (RAMOS, 2002, *op. cit.*, p. 200).

Quando a Comissão Europeia de Direitos Humanos decidia não acionar a Corte Europeia, acionava o Comitê de Ministros. A antiga Comissão também acionava esse Comitê quando decidia pela não violação dos direitos estabelecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ou quando a Comissão entendia que havia violação da Convenção, e o Estado acatava a decisão da Comissão, ainda que esse Estado e a vítima não tivessem chegado a uma solução amistosa.

Além de decidir sobre o mérito do caso, o Comitê de Ministros também estabelecia qual seria o prazo para o Estado cumprir as medidas reparatórias, bem como supervisionava

o cumprimento da decisão por parte do Estado (*idem*, p. 201).

Há certa crítica no sentido de que o Comitê de Ministros era um órgão político e, assim sendo, não agia com total independência e rigor jurídico. Talvez por isso, com o advento do Protocolo Adicional nº9, o Comitê de Ministros exerça tão somente, e nem por isso desprovida de importância, a função de supervisor da execução, por parte dos Estados, das sentenças emitidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (*idem*, p. 202).

De fato, sendo este Comitê formado por representantes dos Estados membros do Conselho da Europa, imagina-se que não seria possível uma total independência ao tratar de demandas contra Estados membros. Até por uma questão política, entende-se a dificuldade em manter certa independência e rigor jurídico ao decidir sobre a violação de direitos estabelecidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e, mais ainda, ao estabelecer quais seriam as medidas reparatórias a serem cumpridas pelo Estado condenado, bem como supervisionar o cumprimento destas medidas.

5. O TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos foi criado com o intuito de assegurar que os Estados Membros respeitassem a Convenção Europeia de Direitos Humanos e seus respectivos Protocolos Adicionais.

Quando foi criado em 1949, este Tribunal não era um órgão permanente, sendo que apenas passou a sê-lo com a entrada em vigor do Protocolo Adicional nº 11, que alterou a Convenção Europeia e passou a determinar que o Tribunal Europeu seja um órgão permanente.

A criação de um Tribunal único, em substituição dos órgãos de controle vigentes, foi preconizada em março de 1985 pela delegação da Suíça, na Conferência Ministerial Europeia de Direitos Humanos, que ocorreu nesta data. Era o eco dos efeitos de uma situação que surgia no Sistema Europeu de Direitos Humanos: com o aumento do número de Estados Contratantes, também aumentava o número de indivíduos que, conhecedores do sistema, se dirigiam a este, e a duração dos procedimentos aumentou em até mais de cinco anos.

Talvez mais importante foi o convencimento, quase generalizado, de que era chegado o momento de substituir o mecanismo de controle da Convenção Europeia de Direitos Humanos vigente à época, por um sistema plenamente judicial, particularmente suprimindo parte da competência do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, para decidir assuntos que não eram levados à antiga Corte Europeia de Direitos Humanos.

A sede do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e também da antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos, é a cidade de Estrasburgo, na França, por ser esta cidade considerada emblema da reconciliação europeia³³ (GIALDINO, 2012, p. 03).

O Conselho da Europa arca com as despesas de funcionamento do Tribunal Europeu (art. 50).

É de competência do Tribunal todas as questões referentes à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos Protocolos.

O Tribunal Europeu é composto por um número de juízes igual ao número de Estados membros da Convenção, eleitos pela Assembleia Parlamentar de cada Estado membro, por maioria dos votos expressos, gerando uma lista de três candidatos apresentados pelo Estado [CONVENTION, art. 20 e 22 (acesso em 2010)].

Os artigos 21 a 32 da Convenção Europeia de Direitos Humanos tratam da eleição de juízes, da Secretaria do Tribunal, eleição de Presidente e Vices-Presidentes e Comitês de juízes (CONVENTION, ESTATUTO do Conselho da Europa).

Podem submeter petições ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos: qualquer Estado membro, qualquer, pessoa, grupo de pessoas ou entidade não-governamental. Todavia, só é possível acionar este Tribunal depois de esgotados todos os recursos internos, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos, e num prazo de seis meses a contar da data da decisão definitiva, no interior do Estado. Além disso, há regras para formular a petição a ser enviada ao Tribunal³⁴ (idem, art. 33, 34 e 35). Os artigos 37 a 46 tratam do arquivamento de petições, admissibilidade, audiências e sentenças.

No sistema europeu de direitos humanos, cabe ao Comitê de Ministros supervisionar o cumprimento das sentenças do Tribunal Europeu. Porém, este órgão não possui os mecanismos

necessários para exigir o cumprimento das sentenças, e seus atos se limitam a simples observações políticas que nunca terminaram em sanções ao Estado que descumprir tal sentença. Nas palavras de Ripol Carulla (apud Alvarado, op. cit., p. 45):

O controle do Comitê de Ministros é mais eficaz para medidas gerais, que são preventivas, do que para os casos individuais. [...] seria conveniente reforçar os poderes do Comitê e criar um sistema de multas no caso de os Estados persistirem no descumprimento das obrigações jurídicas derivadas das sentenças.

O Estado europeu condenado deve prestar informações relativas ao cumprimento da sentença ao Comitê de Ministros, incluindo, se necessário, comentários escritos pelas partes (RÈGLEMENT Cour Européenne art. 95).

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem encontrado uma maneira de exigir dos Estados certas condutas sem quebrar a regra da discricionariedade para o cumprimento das sentenças. Entretanto, no sistema interamericano existem diversas disposições, ausentes no sistema europeu, que permitem exigir, dos Estados, a execução de certas condutas (ALVARADO, op. cit., p. 44).

Ainda que as sentenças do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sejam definitivas e que os Estados Partes estejam obrigados a cumpri-las, cabe ao próprio Estado criar mecanismos para cumprir essas sentenças. Ainda mais que no sistema europeu não há uma obrigação específica de o Estado incorporar as normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ou sequer de adaptar seu ordenamento jurídico interno a esta Convenção (idem, op. cit., pp. 46-47).

Ruiz Miguel (apud ALVARADO, p. 47) comenta que existem diversas formas de incorporação do direito internacional ao direito interno, e diversos mecanismos e interpretações para dar cumprimento às resoluções do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mas, ainda assim, são poucos os Estados que estabelecem expressamente um procedimento interno ou que reformaram seus ordenamentos jurídicos internos para executar as sentenças do Tribunal Europeu.

Por isso, as sentenças são submetidas a difíceis trâmites de execução, a uma execução incompleta ou são reduzidas a uma mera declaração. O que acarreta uma dupla ou tripla

vitimização das partes no processo (Idem, op. cit., p. 47).

Isso implica que deveria haver homogeneidade no modo como os Estados europeus executam uma sentença de seu Tribunal, pois o que nos parece é que cada Estado acaba por cumprir a sentença se quiser, e na medida em que julgar conveniente.

O Tribunal Europeu pode emitir pareceres, a pedido do Comitê de Ministros, sobre questões referentes à interpretação da Convenção Europeia e de seus Protocolos, e este Tribunal decidirá se o pedido de parecer é de sua competência. Este parecer deve ser fundamentado e, se não expressar – no todo ou em parte – a opinião de algum juiz, este pode fazer com que o parecer seja acompanhado de sua opinião (CONVENTION, op. cit., arts. 47, 48 e 49).

Finalmente, com relação à competência consultiva do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, dispõe o art. 47 da Convenção que este Tribunal pode emitir pareceres, a pedido do Comitê de Ministros, sobre questões relativas à interpretação da Convenção Europeia de Direitos Humanos e de seus Protocolos Adicionais. Contudo, estes pareceres não podem incidir sobre questões referentes ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos na Convenção e nos Protocolos, e nem sobre outras questões que, em razão de recurso previsto na Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comitê de Ministros.

Se o Tribunal não pode emitir parecer acerca da interpretação do conteúdo ou da extensão dos direitos e liberdades dispostos na Convenção e em seus Protocolos, deve poder emitir pareceres somente em relação aos princípios de direito internacional contidos nestes documentos, ou sobre alguma regra de trabalho deste Tribunal, suas seções ou sobre o trabalho do próprio Comitê de Ministros.

No sistema europeu de direitos humanos, a decisão final sobre o fundo, ou a base do caso, cabe a uma sala de sete juízes ou, excepcionalmente, à Grande Sala, composta por dezessete juízes. Para tal fim, os juízes estudam os fatos do caso, as provas e os argumentos das partes no caso, e fazem uma análise fundamentada, onde se decide se houve ou não o cumprimento das normas do sistema e, portanto, a responsabilidade internacional do Estado acusado. As sentenças do Tribunal Europeu são fundamentadas, e, nelas, há a apreciação das normas pertinentes

que têm sido aplicadas ao caso, e os argumentos do Tribunal no momento de interpretá-las e fundamentar, com base nelas, a sua decisão.

As sentenças da sala podem ser questionadas perante a Grande Sala “em casos excepcionais, que suscitem uma questão de interesse geral ou questões graves referentes à interpretação ou a aplicação da Convenção Europeia ou de seus Protocolos”. Nesse sentido, a sentença só será considerada definitiva depois de transcorridos três meses de seu pronunciamento e não houver sido questionada ante a Grande Sala; quando a petição de revisão for refutada por um Colégio composto de cinco membros da Grande Sala; ou quando feita a revisão.

A revisão das sentenças é feita nas seguintes situações: para solicitar interpretação, caso apareça fato novo que não foi conhecido do Tribunal Europeu e que pode influenciar na decisão, ou para a retificação de erros manifestados ou erros de cálculo (ALVARADO, pp. 42-43).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão das violações aos direitos humanos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, o Conselho da Europa é criado com a finalidade principal de unir os Estados do continente, e favorecer o progresso econômico e social.

Este Conselho foi o responsável pela criação do mais avançado sistema de proteção dos direitos humanos, o primeiro sistema regional de proteção destes direitos, e que serve de modelo para outros continentes que intentam criar um sistema regional de proteção dos direitos humanos.

O Sistema Europeu de Direitos Humanos é regido pela Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, e seus protocolos adicionais.

Os mais significativos Protocolos desta Convenção são aqueles que mais alteraram o sistema: o Protocolo 11 e o Protocolo 14.

O Protocolo 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos efetuou uma profunda mudança no sistema europeu de proteção dos direitos humanos. A mudança mais significativa foi a extinção da Comissão Europeia de Direitos Humanos, sob a alegação de que esta, apesar de ser composta por especialistas em direitos humanos, não era composta por juízes, e que

caberia a juízes a importante tarefa de declarar se um caso seria ou não admissível para ser analisado e julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Por se tratar de um sistema regional de proteção de direitos humanos, o fato de não haver uma Comissão, pode gerar distintos posicionamentos.

Pode-se considerar oportuna a extinção da Comissão Europeia, pois assim, qualquer pessoa que esteja sob jurisdição do Tribunal Europeu tem o direito de peticionar diretamente a Corte. Isso pode ser considerado um avanço, bem como um exemplo a ser seguido pelos demais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Assim, é permitido a uma pessoa recorrer a um organismo internacional de proteção dos direitos humanos para demandar contra um Estado por violação de direitos humanos.

Todavia, apesar da alegação de que uma reforma no sistema europeu daria maior agilidade na execução dos trabalhos – devido à demora na resolução dos casos deste sistema – ao longo do tempo o que se observa é um revés na situação. Justamente com o aumento de Estados que aceitaram a competência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e a possibilidade de a pessoa demandar diretamente perante este tribunal, há um aumento significativo no número de demandas.

A solução encontrada para resolver a situação foi a adoção do Protocolo 14 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

O Protocolo Adicional número 14 é considerado um dos mais controversos dos últimos anos, devido às profundas alterações na estrutura do Tribunal Europeu de Direitos Humanos contidas no texto deste protocolo.

As razões para essa transformação no Tribunal Europeu de Direitos Humanos são, além do aumento da demanda neste tribunal, o fato de que era a antiga Comissão quem declarava ou não a admissibilidade de uma causa, função esta que, com a introdução do Protocolo 11 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, passou a ser exercida pelo Tribunal.

Este Protocolo também permitiu que casos repetitivos fossem decididos por um Comitê em vez de ser decidido por uma sala. Cabe ressaltar que os casos repetitivos são aqui entendidos

como sendo aqueles em que a jurisprudência do Tribunal já está bem assentada, tais como reclamações por demora em tramitação dos processos civis, que constituem mais de um quarto dos casos analisados pelo Tribunal.

Possivelmente a mais controversa das alterações implementadas por este protocolo tenha sido a criação de uma nova causa de inadmissibilidade, a que determina que um demandante deva ter sofrido algum prejuízo considerável. Para tanto, aqueles que fizeram o Protocolo buscaram expressar de maneira clara que uma demanda não poderia ser declarada inadmissível quando a relevância dos direitos implicados exigir o exame de fundamentação do assunto.

Há que se evitar interpretações errôneas, posto que, ao examinar o fundo do assunto da demanda, verificando que houve violação dos direitos elencados na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ou em seus Protocolos Adicionais, considera-se que o autor da demanda sofreu prejuízo importante.

Os Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos convergem em diversos aspectos, por serem ambos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, e o sistema interamericano ser inspirado no sistema europeu.

Entretanto, a partir da entrada em vigor do Protocolo Adicional 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, ambos os sistemas passaram a divergir estruturalmente, já que o sistema interamericano segue com uma Comissão atuante, e o referido protocolo extinguiu a Comissão Europeia de Direitos Humanos.

Esta extinção garante que as pessoas possam recorrer diretamente ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não havendo mais a necessidade de sua reclamação de violação aos direitos humanos passar por uma Comissão e, caso o Estado violador não execute as recomendações desta Comissão, o caso seja encaminhado ao Tribunal.

Ainda há que se registrar que, tanto o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quanto o Sistema Europeu de Direitos Humanos, seguem com um mesmo problema: o cumprimento das sentenças emitidas por suas respectivas Cortes, por parte dos Estados condenados.

Apesar de ambos os sistemas contar, em suas respectivas estruturas, com órgãos que

velam pelo cumprimento das sentenças – a própria Corte, no Sistema Interamericano, e o Comitê de Ministros, no Sistema Europeu –

parece-nos que ainda não há uma solução, uma medida que garanta que os Estados cumpram, em sua totalidade, estas sentenças.



BIBLIOGRAFIA

I. Livros e artigos

1. ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. ¿Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional? Bogotá, Universidad Externado de Colombia, diciembre 2007.
2. BALLALOU, Jacques. *Organisations Européennes. Droits de l'homme et organisations internationales vers un nouvel ordre humanitaire mondial*. Editions Montchrestien: Paris, France, 1984.
3. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, rev. atual, vols. I e II. Porto Alegre, RS, 2003, 640p.
4. COUNCIL of Europe: *European Commission of Human Rights*. Disponível em <http://www.unhcr.org/refworld/publisher/COECOMMHR.html>. Acesso em 10 de outubro de 2012.
5. DAUDÍ, Mireya Castillo. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2ª edición. Editorial Tirant lo Blanch. 2006, 278p.
6. DÍAZ, Álvaro Paúl. *Protocol 14: Improving the efficiency of the European Court of Human Rights*. Disponível em <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v37n3/art13.pdf>. Acesso em 10 maio 2012.
7. DUPUY, René-Jean. La Commission européenne des Droits de l'Homme. *Annuaire français de droit international*. V. 3, pp. 449-477, 1957.
8. GIALDINO, Rolando E. *La nueva Corte Europea de Derechos Humanos – Protocolo 11*. Secretaría de Investigación y Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 1, 1999.
9. HUMAN Rights Department. *Work of the European Commission of Human Rights in respect of the preparation of its rules of procedure*. Document prepared by the Secretariat of the Commission. Strasbourg, 3rd 1955.
10. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar 2002, 433p.
11. RENUCCI, Jean-François. *Introduction Générale à la Convention Européenne des Droits de l'Homme: Droits garantis et mécanisme de protection*. Editions du Conseil de l'Europe. Conseil de l'Europe, Strasbourg, France, 2005, 137p.
12. RODRIGUES, José Noronha. Políticas de Asilo e de Direito de Asilo na União Europeia. *CEEApLA Working Paper*. Açores, n.14, pp. 09-10, jul. 2006.
13. SALERNO, Francesco. *Caractéristiques structurelles de la nouvelle procédure. La nouvelle procédure devant La Cour européenne des droits de l'Homme après le protocole n° 14*. Bruxelles: Bruylant, pp. 29-55, 2007.
14. SOARES, António Goucha. O tratado de Roma: a “reliquia” da construção europeia. *GHEG Gabinete de História Económica e Social Working Paper n° 39*. Lisboa, Portugal, pp. 02-21, 2009.
15. STARACE, Vincenzo. *Les innovations apportées en 2004 au système de garantie instauré par La convention Européenne des Droits de l'homme. La nouvelle procédure devant La Cour européenne des droits de l'Homme après le protocole n° 14*. Bruxelles: Bruylant, pp. 01-27, 2007.

II. Legislação internacional

1. *CONVENTION de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales*. Disponível em <http://www.echr.coe.int/echr>. Acesso em 27 de abril de 2010.
2. *ESTATUTO do Conselho da Europa*. Disponível em <http://www.humanrights.coe.int>. Acesso em 10 de outubro de 2011.
3. *RÈGLEMENT Cour Européenne des Droits de l'Homme*. Disponível em <http://www.echr.cor.int>. Acesso em 15 de dezembro de 2012.

NOTAS

1. O que, posteriormente, originaria o Movimento Europeu.
2. Apesar de não ter havido um consenso com relação ao modo e aos termos que caracterizariam o processo de construção europeia que ali começava a ser delineado (SOARES, *ibidem*). A ideia de estabelecimento de uma Assembleia Parlamentar na Europa era inovadora e, em razão disso, gerou preocupações de determinados Estados europeus – tais como França, Bélgica e Grã-Bretanha – no tocante à proteção de suas respectivas soberanias, e também suas relações com outros Estados (BALLALOU, 1984, p. 102).
3. Foi presidido pelo então Primeiro Ministro do Reino Unido, Winston Churchill, e dele participaram renomados intelectuais e políticos da época, todos da Europa ocidental.
4. Organização econômica da Europa que, na época, era composta por Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo. Mais tarde, com a adesão de Itália, Alemanha e França, esta organização se tornaria a Comunidade Econômica Europeia (CEE).
5. Assinado por dez países: Bélgica, Dinamarca, França, Grã-Bretanha, Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega e Suécia (RODRIGUES, 2006, p. 09).
6. “Todos os Membros do Conselho da Europa reconhecem o princípio do primado do Direito e o princípio em virtude do qual qualquer pessoa colocada sob a sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, comprometendo-se a colaborar sincera e ativamente na prossecução do objetivo definido no capítulo 1”.
7. Bélgica, Dinamarca, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Suécia e Reino Unido.
8. São membros do Conselho da Europa atualmente: Albânia, Alemanha, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Macedônia, Malta, Moldávia, Mônaco, Montenegro, Noruega, Países-Baixos (Holanda), Polônia, Portugal, República Tcheca, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Romênia, Rússia, San Marino, Sérvia, Suécia, Suíça, Turquia, Ucrânia.
9. “Assim tem sido no caso de o Estado demandado ter assumido todos ou alguns poderes públicos de outro Estado, mediante o controle efetivo de seu território e de seus habitantes, em caso de ocupação militar, ou em virtude de consentimento, de convite ou de aquiescência do governo local”. (DAUDÍ, *op. cit.*, p. 116). Ademais, a Corte salienta que há outros casos de exercício extraterritorial das competências dos Estados: assuntos relativos aos atos de agentes diplomáticos ou consulares no exterior, ou de aeronaves registradas no Estado de que se trata, ou navios que trazem hasteada a bandeira do Estado em questão (DAUDÍ, *op. cit.*, p. 116-117).
10. Os Protocolos Adicionais à Convenção Europeia de Direitos Humanos foram feitos em Estrasburgo, França, nos idiomas francês e inglês, com os dois textos fazendo igualmente fé, num só exemplar. São depositados nos arquivos do Conselho da Europa, e o Secretário-Geral do Conselho da Europa deve enviar cópias dos Protocolos a cada um dos Estados membros do Conselho.
11. Este protocolo foi publicado em 20 de março de 1952, e entrou em vigor em 18 de maio de 1954.
12. O protocolo nº 2 foi publicado em 06 de maio de 1963, entrou em vigor em 21 de maio de 1970. Em razão da entrada em vigor do Protocolo nº 11 e as alterações feitas por este Protocolo nos textos da Convenção e de seus Protocolos, o Protocolo nº 2 foi substituído pelos artigos 47 a 49 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.
13. Essas alterações também ficaram prejudicadas com a superveniência do Protocolo nº 11. Este protocolo foi publicado em 06 de maio de 1963 e entrou em vigor em 21 de setembro de 1970.
14. Igualmente, as alterações deste artigo foram prejudicadas pelo Protocolo nº 11. O Protocolo nº 3 foi publicado em 20 de janeiro de 1966, e entrou em vigor em 20 de dezembro de 1971.
15. Publicado em 16 de setembro de 1963, com entrada em vigor em 02 de maio de 1968.
16. Este Protocolo foi expressamente revogado pelo Protocolo nº 13, que baniu a pena de morte em

- qualquer circunstância. Foi publicado em 28 de abril de 1983, e entrou em vigor em 1º de março de 1985.
17. Foi publicado em 22 de novembro de 1984, e entrou em vigor em 1º de novembro de 1988.
 18. Aqui as alterações também foram prejudicadas pela superveniência do Protocolo nº 11. Protocolo publicado em 19 de março de 1985, com entrada em vigor em 1º de janeiro de 1990.
 19. Este Protocolo também foi expressamente revogado pelo Protocolo nº 11. Publicado em 06 de novembro de 1990, entrou em vigor em 1º de outubro de 1994.
 20. Apesar da dificuldade em definir o termo *locus standi*, este pode ser entendido como a capacidade legal de iniciar ou propor uma ação perante um tribunal de jurisdição competente sem qualquer inibição, obstrução ou impedimento; o direito de uma pessoa (parte) de aparecer e ser ouvido por uma Corte, por um tribunal; posição legal perante um tribunal.
 21. Este Protocolo foi aberto a adesões em 25 de março de 1992, mas sequer chegou a operar efeitos, em razão do Protocolo nº 11, que lhe fez perder o propósito.
 22. O Protocolo nº 11 foi publicado em 11 de maio de 1994, e entrou em vigor em 1º de novembro de 1998.
 23. Este Protocolo foi publicado em 4 de novembro de 2000, e entrou em vigor em 1º de abril de 2005.
 24. Foi publicado em 03 de maio de 2002, e entrou em vigor em 1º de julho de 2003.
 25. Este Protocolo foi estabelecido pelo Conselho da Europa, que o fez levando em consideração a Resolução nº 1 adotada pela Conferência Ministerial Europeia sobre os Direitos do Homem (realizada em Viena nos dias 19 e 20 de março de 1985); a Recomendação nº 1194, adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa em 6 de Outubro de 1992, e a decisão de reformar o mecanismo de controle da Convenção Europeia de Direitos Humanos, decisão esta tomada pelos Chefes de Estado e de Governo dos Estados membros do Conselho da Europa, na Declaração de Viena de 9 de outubro de 1993 (CONVENTION, Protocolo nº 11, preâmbulo). Foi uma decisão datada de 1993 com entrada em vigor em 1998, ou seja, desde a tomada da decisão até a entrada em vigor, passaram-se 5 anos. Parece-nos que isso se deve a todo o trabalho que se inicia a partir da tomada de decisão, todo o processo de reformulação do sistema, até que o Protocolo 11 possa vigorar.
 26. Artigo 2º: “1- O título V da Convenção passa a ser o título III da Convenção, o artigo 57 da Convenção passa a ser o artigo 52 da Convenção, os artigos 58 e 59 da Convenção são suprimidos e os artigos 60 a 66 da Convenção passam a ser, respectivamente, os artigos 53 a 59 da Convenção. 2 – O título I da Convenção intitula-se “Direitos e liberdades” e o novo título III, “Disposições diversas”. Os artigos 1º a 18º e os novos artigos 52º a 59º da Convenção terão os títulos constantes do anexo ao presente Protocolo. 3 – No nº 1 do novo artigo 56 é inserida a expressão “sob reserva do nº 4 do presente artigo”, imediatamente após a expressão “aplicar-se-á”, no nº 4, as expressões “Comissão” e “nos termos do artigo 25 da presente Convenção” são respectivamente substituídas por “Tribunal” e “conforme previsto pelo artigo 34 da Convenção”. No nº 4 do novo artigo 58, a expressão “o artigo 63” é substituída pela expressão “o artigo 56”. 4 – O Protocolo Adicional à Convenção sofre as seguintes alterações: a) Os artigos terão os títulos constantes do anexo ao presente Protocolo; b) Na última frase do artigo 4º a expressão “do artigo 63” é substituída pela expressão “do artigo 56”. 5 – O protocolo nº 4 sofre as seguintes alterações: a) Os artigos terão os títulos constantes do anexo ao Protocolo”, que são os títulos que constam atualmente na Convenção Europeia de Direitos Humanos. “b) No nº 3 do artigo 5º a expressão “do artigo 63” é substituída pela expressão “o artigo 56”; é introduzido um novo nº 5, cujo teor é o seguinte: “Qualquer Estado que tiver feito uma declaração nos termos do nº 1 ou 2 do presente artigo poderá, em qualquer momento ulterior, declarar que aceita, relativamente a u ou vários dos seus territórios referidos nessa declaração, a competência do Tribunal para conhecer das petições apresentadas por pessoas singulares, organizações não governamentais ou grupos de particulares, em conformidade com o artigo 34 da Convenção relativamente aos artigos 1º a 4º do presente Protocolo ou alguns de entre eles”; c) É suprimido o nº 2 do artigo 6º. 6 – O Protocolo nº 6 sofre as seguintes alterações: a) Os artigos recebem os títulos constantes do anexo ao presente Protocolo; b) No artigo 4º a expressão “nos termos do artigo 64” é substituída pela expressão “nos termos do artigo 57”. 7 – O Protocolo nº 7 sofre as seguintes alterações: a) Os artigos recebem os títulos constantes do anexo ao presente

Protocolo; b) No nº 4 do artigo 6º a expressão “do artigo 63” é substituída pela expressão “do artigo 56”; é introduzido um novo nº 6, cujo teor é o seguinte: “Qualquer Estado que tiver feito uma declaração em conformidade com o nº 1 ou 2 do presente artigo poderá, em qualquer momento ulterior, declarar que aceita, relativamente a um ou vários dos seus territórios referidos nessa declaração, a competência do Tribunal para conhecer das petições apresentadas por pessoas singulares, organizações não governamentais ou grupos de particulares, em conformidade com o artigo 34 da Convenção relativamente aos artigos 1º a 5º do presente Protocolo ou alguns de entre eles”; c) É suprimido o nº 2 do artigo 7º. 8 – O Protocolo nº 9 é revogado.

27. “A eleição dos novos juízes poderá ter lugar e todas as outras medidas tidas como necessárias para a criação do “novo” Tribunal poderão ser tomadas, em conformidade com o presente Protocolo, a contar da data em que todas as partes na Convenção tenham expresso o seu consentimento em ficarem vinculadas pelo Protocolo”.
28. Obrigação de respeitar os direitos do homem (art. 1), Direito à vida (art. 2), Proibição de tortura (art. 3), Proibição de escravidão e trabalho forçado (art. 4), Direito à liberdade e à segurança (art. 5), Direito a um processo equitativo (art. 6), princípio da legalidade (art. 7), Direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 8), liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 9), Liberdade de expressão (art. 10), Liberdade de reunião e de associação (art. 11), Direito ao casamento (art. 12), Direito a um recurso efetivo (art. 13), Proibição de discriminação (art. 14), Derrogação em caso de estado de necessidade (art. 15), Restrições à atividade política dos estrangeiros (art. 16), proibição do abuso de direito (art. 17), Limitação da aplicação de restrições aos direitos (art. 18), Inquéritos do Secretário-Geral (art. 52), Salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via (art. 53), Poderes do Comitê de Ministros (art. 54), renúncia a outras formas de resolução de litígios (art. 55), Aplicação territorial (art. 56), Reservas (art. 57), Denúncia (art. 58), Assinatura e ratificação (art. 59).
29. Protocolo Adicional 1: Proteção da propriedade (art. 1), Direito à instrução (art. 2), Direito a eleições livres (art. 3), Aplicação territorial (art. 4), Relações com a Convenção (art. 5), Assinatura e ratificação (art. 6); Protocolo

nº 4: Proibição da prisão por dívidas (art. 1), Liberdade de circulação (art. 2), Proibição de expulsão de nacionais (art. 3), Proibição de expulsão coletiva de estrangeiros (art. 4), Aplicação territorial (art. 5), Relações com a Convenção (art. 6), Assinatura e ratificação (art. 7); Protocolo nº 6: Abolição da pena de morte (art. 1), Pena de morte em tempo de guerra (art. 2), proibição de derrogações (art. 3), Proibição de reservas (art. 4), Aplicação territorial (art. 5), Relações com a Convenção (art. 6), Assinatura e ratificação (art. 7), Entrada em vigor (art. 8), Funções do depositário (art. 9); Protocolo nº 7: garantias processuais em caso de expulsão de estrangeiros (art. 1), Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal (art. 2), Direito a indenização em caso de erro judiciário (art. 3), Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez (art. 4), Igualdade entre os cônjuges (art. 5), Aplicação territorial (art. 6), Relações com a Convenção (art. 7), Assinatura e ratificação (art. 8), Entrada em vigor (art. 9), Funções do depositário (art. 10).

30. O artigo 26º da Convenção passa a ser o artigo 25º, e sofre as seguintes alterações: ao final da alínea ‘d’, a vírgula é substituída por um ponto e vírgula e a conjunção aditiva “e” é suprimida; no final da alínea ‘e’, o ponto é substituído por um ponto e vírgula; será introduzida uma nova alínea, a ‘f’, que diz que qualquer pedido será apresentado nos termos do artigo 26º, nº 2.
31. Para examinar os assuntos que lhe sejam submetidos, o Tribunal funcionará com juiz singular; em comitês compostos por 3 juízes; em seções compostas por 7 juízes, e em Tribunal Pleno, composto por 17 juízes. As seções do tribunal constituem os comitês por período determinado; a pedido da Assembleia Plenária do Tribunal, o Comitê de Ministros poderá, por decisão unânime e por período determinado, reduzir para 5 o número de juízes das seções; um juiz na qualidade de juiz singular não apreciará qualquer petição formulada contra o Estado Membro em nome do qual este juiz tenha sido eleito; o juiz eleito por um Estado Membro da Convenção que seja Parte no *diferendo* (disputa) será membro de direito da seção e do tribunal pleno. Em caso de ausência deste juiz ou se ele não estiver em condições de intervir, uma pessoa escolhida pelo Presidente do Tribunal, de uma lista apresentada previamente por esse Estado Membro, intervirá na qualidade de juiz; os integrantes do tribunal pleno são: o presidente do Tribunal, os vice-presidentes, os presidentes das seções e outros juízes designados em conformidade com o regulamento do Tribunal.

Se o assunto tiver sido enviado ao tribunal pleno nos termos do artigo 43º, nenhum juiz da seção que haja proferido a decisão poderá intervir na mesma, salvo no que diz respeito ao presidente da seção e ao juiz que decidiu em nome do Estado Membro que seja parte interessada.

32. No sistema europeu de proteção dos direitos humanos, comitê é formado por 3 (três) juízes; as seções são formadas por 7 (sete) juízes, e a sala – ou Grande Sala (Grand Chambre) ou Tribunal Pleno – é formado por 17 (dezessete) juízes.

33. Em conversa informal, em 19 de maio de 2010, com funcionários na sede do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a autora recebeu a informação de que a razão de a sede deste tribunal ser a cidade de Estrasburgo seria o histórico de guerras europeias pela posse da região da Alsácia.

34. Artigo 35: 2. O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34 se tal petição: a) For anónima; b) For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver factos novos. 3. O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34 sempre que considerar que tal petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus protocolos, manifestamente mal fundada ou tem caráter abusivo. 4. O Tribunal rejeitará qualquer petição que considere inadmissível nos termos do presente artigo. O Tribunal poderá decidir nestes termos em qualquer momento do processo.

LE MANDAT ET LE TRAVAIL DE LA COMMISSION DE L'ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE SUR L'ELECTION DES JUGES A LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE: UN APERÇU*

.....

Andrew Drzemczewski

Chef de Service des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire
du Conseil de l'Europe, Strasbourg.**

RESUMÉ

Selon la Convention européenne des droits de l'homme les juges de la Cour, à Strasbourg, sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. La procédure d'élection comporte deux phases: une procédure de sélection nationale, puis la procédure d'élection suivie par l'Assemblée, dans laquelle les parlementaires évaluent les qualifications des trois candidats avant de voter pour décider celui qui deviendra juge pour un mandat unique de neuf ans. Après réception de la liste des candidats par l'Assemblée, la Commission sur l'élections des juges, composée de parlementaires expérimentés dans le domaine du droit, s'entretient avec chacun des trois candidats en personne et examine attentivement leur CV, présenté sous une forme standard, avant de recommander s'il y a lieu ou non d'accepter la liste. Si tel est le cas, elle précise quels candidats lui paraît les plus qualifiés. Dans le cas contraire, l'Assemblée demande à l'Etat de présenter une nouvelle liste.

Mot-Clés

Assemblée parlementaire; Cour Européenne des Droits de l'Homme; critères pour évaluer candidats; élection des juges.

1. LE CONTEXTE

L'article 22 de la Convention européenne des droits de l'homme (la Convention, CEDH) dispose que chaque juge est élu par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) sur une liste de trois candidats présentée par la

Haute Partie contractante. Les personnes élues doivent jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ou être des juristes possédant une compétence notoire (article 21, paragraphe 1, de la Convention).

Comme il sera expliqué plus bas, la commission sur l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme (AS/Cdh) s'entretient avec chacun des trois candidats en personne, examine attentivement leur CV et fait des recommandations à l'Assemblée sur les qualifications de ces candidats. Sur la base de ces recommandations, l'Assemblée procède alors à l'élection des juges pour un mandat unique de neuf ans. La commission est constituée de 20 membres titulaires et de 20 suppléants désignés par le Bureau de l'Assemblée sur la base des propositions des cinq groupes politiques de l'Assemblée suivant le système D'Hondt (et soumis à ratification de l'Assemblée)¹. Afin de pouvoir évaluer les aptitudes et les connaissances des candidats, les membres de la commission doivent, comme stipulé au paragraphe 5 de son mandat, posséder le niveau nécessaire de compétence et d'expérience dans le domaine juridique (voir annexe I). Les réunions de la commission se tiennent à *huis clos* et l'interprétation est fournie dans les deux langues officielles du Conseil de l'Europe, l'anglais et le français. Le(a) président(e) de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée et le(a) président(e) de la commission sur l'égalité et la non-discrimination de l'Assemblée en sont membres de droit.

2. LES TÂCHES PRINCIPALES DE LA COMMISSION

L'article 22 de la Convention spécifie que "Les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire [du Conseil de l'Europe] au titre de chaque Haute Partie contractante, à la majorité des voix exprimées, sur une liste de trois candidats présentés par la Haute Partie contractante." Ceci est fait sur la base des recommandations qu'elle reçoit de sa commission sur l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme.

Pour l'aider à prendre sa décision, l'Assemblée invite sa commission sur l'élection des juges, constituée spécialement à cette fin par le Bureau de l'Assemblée sur la base de propositions de ses groupes politiques, à formuler des recommandations confidentielles sur les qualifications de ces candidats fondées sur des entretiens personnels avec l'ensemble des candidats et sur l'évaluation de leur curriculum vitae².

Le système actuel d'entretien fonctionne comme suit: avant la session d'entretiens concernant chaque liste de trois candidats, la commission tient un briefing au cours duquel un certain nombre de questions sont discutées, y compris la 'position prise' par le panel consultatif d'experts internationaux qui a eu des consultations confidentielles avec les Etats Parties avant la transmission des listes à l'Assemblée³. Ensuite, chaque candidat est entendu pendant une demi-heure, les cinq premières minutes lui étant, s'il le souhaite, réservées pour qu'il se présente brièvement. Dans la lettre de convocation à l'entretien, envoyée par le Secrétaire général de l'Assemblée, le candidat est informé de la possibilité de se présenter ainsi. Les membres posent (alors), en anglais ou en français, des questions auxquelles le candidat répond dans l'une de ces langues ou dans les deux; une interprétation simultanée est assurée. Le président essaie de veiller à ce que les questions et les réponses soient courtes de manière à pouvoir aborder le plus grand nombre de sujets possible pendant l'entretien et permettre aux membres de faire un choix éclairé sur l'adéquation des candidats.

Les entretiens se déroulent dans l'ordre alphabétique des noms des candidats. Une fois que les trois candidats ont été interrogés, le président fournit aux membres de la commission un bref résumé de ses impressions;

suit une discussion générale d'environ quinze à vingt minutes au cours de laquelle les membres font part de leur point de vue sur les différents candidats. Il est procédé ensuite à un vote, au scrutin secret, dont le président annonce le résultat. Cette procédure a lieu à *huis clos* et toutes les procédures sont confidentielles. A la fin de chaque réunion, le président le rappelle systématiquement aux membres.

Le rapport de la commission, qui comprend ses recommandations, adressé à l'Assemblée plénière, est préparé par son président et transmis à l'Assemblée, *via* le Bureau. Le rapport est rendu public avant le début de la procédure d'élection.

* * *

L'élection, par l'Assemblée, a lieu au scrutin secret. La majorité absolue des suffrages exprimés par les parlementaires, réunis en Assemblée plénière, est requise au premier tour de l'élection. Si elle n'est pas atteinte, il y a un deuxième tour pour lequel la majorité relative des voix sera suffisante. Les résultats des élections sont annoncés publiquement par le Président de l'Assemblée pendant la partie de session et publiés peu après – sous forme de communiqué de presse – sur le site web de l'Assemblée.

3. CRITÈRES D'ÉVALUATION DES CANDIDATS À LA FONCTION DE JUGE

La nécessité d'élire des juges de la plus haute stature et qui possèdent une expérience professionnelle adéquate revêt une importance capitale car, comme l'a expliqué Jean-Paul Costa, l'ancien Président de la Cour, "les réformes entreprises [...] échoueront si les juges n'ont pas l'expérience et l'autorité nécessaires"⁴.

La Convention représente la principale source de définition des conditions générales d'exercice des fonctions de juge à la Cour européenne des droits de l'homme. L'article 21, paragraphe 1, de la Convention précise:

Les juges doivent jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ou être des juristes possédant une compétence notoire.

Comme ces conditions générales sont, concrètement, assez floues, l'Assemblée a cherché au fil du temps à affiner et à améliorer

sa procédure d'élection, en élaborant un certain nombre de critères supplémentaires (à savoir des compétences linguistiques et une exigence d'égalité entre les hommes et femmes, voir à ce propos une série de textes: la Résolution 1366 (2004), "Candidats à la Cour européenne des droits de l'homme", telle que modifiée par les Résolutions 1426 (2005), 1627 (2008) et 1841 (2011), et la Résolution 1646 (2009)). Par ailleurs, l'Assemblée a souligné qu'il importait d'améliorer, le cas échéant, la qualité de la procédure nationale de sélection sur laquelle repose la procédure d'élection de l'Assemblée (c'est-à-dire la transparence, la présentation de la liste des candidats par ordre alphabétique, les compétences linguistiques et une représentation équilibrée des hommes et des femmes sur les listes nationales de candidats). Voir à ce propos les textes mentionnés ci-dessus et la Résolution 1841 (2011), qui a mis en place l'AS/Cdh, à partir du 26 janvier 2015, ainsi que l'annexe à la Résolution 1432 (2005) de l'Assemblée.

Comme l'a réaffirmé la Cour européenne des droits de l'homme dans son Avis consultatif de février 2008, l'Assemblée n'est pas limitée par les conditions fixées à l'article 21(1) de la Convention, mais dispose "[d']une certaine latitude" pour élaborer des critères qui "découlent implicitement" de celles-ci et en donnent, en quelque sorte, "une explication". Elle peut par ailleurs formuler d'autres conditions qu'elle juge nécessaires, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte à l'application satisfaisante des conditions de l'article 21(1)⁵.

En vue de prévoir des conditions plus explicites – sous forme "d'aide-mémoires" – pour évaluer les candidatures soumises à l'Assemblée et pour assurer la qualité des candidats à la fonction de juge, les rapports et documents suivants ont été, notamment, consultés et pris en compte:

Conseil de l'Europe:

- APCE, "Procédure d'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme", document d'information préparé par le Secrétariat, AS/Cdh/Inf (2015) 02 rév 4, 24 juin 2015⁶;
- APCE, Doc. 12827 du 23 janvier 2012, "Juges ad hoc à la Cour européenne des droits de l'homme: un aperçu", rapport d'information de la commission des questions juridiques et

des droits de l'homme, rapporteur: Marie-Louise Bemelmans-Videc⁷;

- APCE, "Nomination des candidats et élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme", rapport, commission des questions juridiques et des droits de l'homme, rapporteur: Christopher Chope, Doc. 11767 du 1^{er} décembre 2008 (rapport Chope)⁸;
- APCE, "Renforcement de l'indépendance de la Cour européenne des droits de l'homme", rapport, commission des questions juridiques et des droits de l'homme, rapporteur: Boriss Cilevičs, Doc. 13524 du 5 juin 2014⁹;
- Règlement de l'Assemblée, Strasbourg, janvier 2015¹⁰;
- Lettre de Jean-Paul Costa, Président de la Cour européenne des droits de l'homme, adressée aux représentants permanents (ambassadeurs) des Etats membres le 9 juin 2010, en annexe du rapport "Procédures nationales de sélection des candidats à la Cour européenne des droits de l'homme", rapporteur: Renate Wohlwend, Doc. 12391 du 6 octobre 2010¹¹;
- Lignes directrices du Comité des Ministres concernant la sélection des candidats pour le poste de juge à la Cour européenne des droits de l'homme, CM(2012)40 final, et leur Exposé des motifs, CM (2012) 40 addendum final, du 29 mars 2012¹²;
- Résolution CM/Res(2010)26 sur la création d'un Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme, adoptée par le Comité des Ministres le 10 novembre 2010, telle que modifiée le 26 novembre 2014¹³;
- Rapport final d'activités à l'attention du Comité des Ministres, Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme (2010-2013), Advisory Panel (2013)12FR, 11 décembre 2013 (le Panel du Conseil de l'Europe)¹⁴;
- Avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, 12 février 2008¹⁵;

- Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, 13 mai 2004¹⁶;
- Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 24 juin 2013 (non encore entré en vigueur)¹⁷;
- Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Déclaration d'Interlaken du 19 février 2010¹⁸.

Union européenne:

- Troisième Rapport d'activité du comité prévu par l'article 255 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, publié le 13 décembre 2013, SN1118/2014, (le comité de l'UE)¹⁹.

Autres contributions:

- A. Drzemczewski, "Election of Judges to the Strasbourg Court: An Overview", *European Human Rights Law Review* (2010), pp. 377-383;
- N.P. Engel, "More Transparency and Governmental Loyalty for Maintaining Professional Quality in the Election of Judges to the European Court of Human Rights", vol.32 *Human Rights Law Journal* (2012) pp. 448-55.

L'examen des sources énumérées ci-dessus révèle que le fait d'apporter des éclaircissements à l'article 21, paragraphe 1, de la Convention est certes un exercice complexe, mais indispensable. Bien que le besoin d'un certain nombre de conditions complémentaires de l'exercice des fonctions de juge à la Cour européenne des droits de l'homme semblent avoir un consensus (par exemple la transparence de la procédure nationale de sélection), d'autres (par exemple le niveau requis d'expérience professionnelle) rencontrent une adhésion plus nuancée.

Bien que la première partie de l'article 21, paragraphe 1, de la Convention ("conditions [...] pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires") soit dans une certaine mesure objectivement mesurable, en dépit des inévitables variations que présentent les processus de désignation/d'élection des juges à de hautes fonctions judiciaires dans les juridictions nationales des États Parties, le deuxième volet du paragraphe 1 ("jurisconsultes possédant une compétence

notoire") fait état d'une catégorie vague, qui doit être complétée par des critères objectifs supplémentaires. M. Jean-Paul Costa, ancien Président de la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa lettre adressée aux représentants permanents (ambassadeurs) des États membres le 9 juin 2010, a précisé que:

Un "jurisconsulte possédant une compétence notoire" doit pour sa part avoir une grande expérience de la pratique et/ou de l'enseignement du droit, ce qui implique généralement dans le second cas d'avoir publié des travaux importants. On peut aussi trouver un signe objectif de cette qualité dans le temps passé dans une chaire d'enseignement²⁰.

Ces deux qualifications supposent par conséquent une expérience professionnelle approfondie à un niveau correspondant. Le Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme (le Panel du Conseil de l'Europe), créé par la Résolution CM/Res(2010)26 du Comité des Ministres adoptée le 10 novembre 2010, a indiqué que:

D'autres facteurs peuvent constituer des critères essentiels: par exemple, posséder une expérience professionnelle d'une durée significative à un haut niveau, avoir été membre de juridictions internationales et avoir publié des livres ou des articles importants²¹.

À la lumière de l'autorité dont jouit la Cour européenne des droits de l'homme en qualité d'importante institution judiciaire européenne, et sur la base notamment des critères retenus par le comité de l'UE pour l'élection des juges à la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après "le comité de l'UE"), que le Panel du Conseil de l'Europe a avalisé aux paragraphes 27 et 28 de son rapport d'activités en 2013, l'obligation d'un niveau minimal d'expérience professionnelle pertinente de 15 à 20 ans imposée aux candidats à la Cour européenne des droits de l'homme peut être jugée indispensable. À cet égard, le comité de l'UE estime qu'une expérience "en-deçà d'une vingtaine d'années de fonctions de haut niveau pour les candidats aux fonctions de juge ou d'avocat général à la Cour de justice" serait insuffisante. Le libellé de l'article 21, paragraphe 1, prévoit implicitement une limite d'âge minimale: "la plus haute considération morale", "les conditions [...] pour l'exercice de

hautes fonctions judiciaires". Il est toutefois inévitable, conformément au critère défini par le comité de l'UE, qu'il puisse être dérogé à cette exigence lorsqu'un candidat parvient à démontrer un niveau exceptionnel d'expertise²².

Bien que le comité de l'UE ait défini un critère supplémentaire, celui des "capacités juridiques", on peut considérer qu'il découle logiquement de la catégorie de "l'expérience professionnelle pertinente". Quoi qu'il en soit, il est clair que le fait de posséder des capacités juridiques dans un domaine en rapport avec les travaux de la Cour européenne des droits de l'homme (notamment le/les ordre(s) juridique(s) national/nationaux, le droit relatif aux droits de l'homme et/ou le droit international public) – comme cela peut être discerné de la lecture combinée de la Recommandation 1429 (1999) de l'APCE sur la "Procédure de nomination des candidats à la Cour européenne des Droits de l'Homme au niveau national"²³, de la Déclaration d'Interlaken du 19 février 2010, paragraphe 8(a)²⁴, et des Lignes directrices du CM²⁵ – peut être un critère supplémentaire important pour la fonction de juge. Cela dit, bien que l'équilibre des expériences professionnelles enrichisse la diversité de la Cour, les observateurs bien informés continuent à préférer nettement que l'expérience judiciaire revête une importance capitale pour la fonction de juge.

Comment, en outre, déterminer si une personne jouit de "*la plus haute considération morale*"? Au cours de ses échanges, le Panel du Conseil de l'Europe a qualifié un certain nombre de qualités de composantes essentielles de cette exigence: l'intégrité, un sens élevé de la responsabilité, le courage, la dignité, la diligence, l'honnêteté, la discrétion, le respect d'autrui et un casier judiciaire vierge; à cela s'ajoute (naturellement) l'indépendance et l'impartialité. La plupart de ces qualités sont également énumérées dans la Résolution sur l'éthique judiciaire, qui a été adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme réunie en plénière en 2008²⁶.

L'indépendance judiciaire est aussi assurée par l'unique mandat non renouvelable (neuf ans), et par le fait qu'un juge peut seulement être relevé de ses fonctions si, par une majorité des deux tiers, les autres juges décident "*que ce juge a cessé de répondre aux conditions requises [pour remplir ses fonctions]*" (article 23, paragraphe 4, de la Convention)²⁷.

Les candidats doivent avoir une connaissance active de l'une des langues officielles du Conseil de l'Europe et une connaissance passive de l'autre. Comme la Convention est silencieuse sur l'obligation faite aux candidats à la fonction de juge de satisfaire à des exigences linguistiques particulières, le critère susmentionné a été affiné par l'Assemblée au paragraphe 4 de la Résolution 1646 (2009). Le fait de ne pas satisfaire à ce critère peut entraîner le rejet d'une candidature par l'Assemblée: voir paragraphe 3 (iii) (a) de la Résolution 1366 (2004), telle que modifiée par les Résolutions 1426 (2005), 1627 (2008) et 1841 (2011): voir texte à l'annexe 2. Compte tenu de la structure et des méthodes de travail de la Cour, il est évident que les "compétences linguistiques figurent parmi les plus importantes conditions d'exercice des fonctions"²⁸. Il est par conséquent clair que le critère de connaissance "passive" doit être assez rigoureux. L'annexe à la Résolution 1649 (2009) de l'APCE comporte un modèle de *curriculum vitae* destiné aux candidats à l'élection de juge à la Cour. La partie VIII prévoit une grille permettant d'établir les capacités linguistiques des candidats, notamment dans les langues officielles, l'anglais et le français, selon une échelle allant de "très bien" à "bien" et "assez bien", dans trois catégories distinctes: "lu", "écrit" et "parlé". La partie IX demande aux candidats de confirmer leur intention, au cas où ils ne satisferaient pas à certaines exigences linguistiques et "[s'ils sont élus] juge à la Cour, de suivre des cours de langue intensifs dans la langue concernée avant de prendre [leurs] fonctions ainsi que, si besoin est, au début de [leur] mandat".

Certains autres facteurs, qui ne sont pas mentionnés à l'article 21, paragraphe 1, de la Convention ni dans d'autres documents de l'APCE, peuvent également être jugés pertinents, comme la motivation à devenir juge à la Cour de Strasbourg et la capacité à travailler dans un environnement international (et l'expérience déjà acquise dans ce domaine).

4. INFORMATIONS SUPPLÉMENTAIRES

Une mise à jour régulière de la situation relative à l'élection des juges est disponible sur le portail de l'Assemblée. Cela consiste, principalement, de deux documents, en anglais et en français, intitulés: "Prochaines élections des juges à la Cour européenne des droits de

l'homme – tableau de suivi pour chaque partie contractante” et “Procédure d’élection des juges à la Cour européenne des droits de l’homme”, AS/Cdh/Inf (2015) 02 (la plus récente version est datée du 24 juin 2015)²⁹.

L’annexe 1 définit le mandat de la commission (AS/Cdh). L’annexe 2 donne un aperçu des éléments qui peuvent être pris en compte quand les listes des candidats sont reçues des Etats parties à la Convention. L’annexe 3

contient un court aide-mémoire des critères spécifiquement prévus à l’article 21, paragraphe 1, de la Convention, ainsi que ceux établis par l’Assemblée, et des critères examinés dans les sources susmentionnées. Inévitablement, certaines conditions (par exemple l’existence d’un curriculum vitae type) sont *utiles*, tandis que d’autres (par exemple les compétences linguistiques) sont *indispensables*.

ANNEXE 1: MANDAT DE LA COMMISSION SUR L'ÉLECTION DES JUGES À LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (AS/CDH)

Mandat:

1. Dans le cadre de la procédure d'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, conformément à l'article 22 de la Convention européenne des droits de l'homme, la commission est chargée de procéder à l'examen des candidatures et de faire des recommandations à l'Assemblée.
2. La commission a pour responsabilité:
 - i. d'examiner les *curriculum vitae* et de s'entretenir avec tous les candidats aux fonctions de juge à la Cour européenne des droits de l'homme avant leur élection par l'Assemblée;
 - ii. d'établir, sous l'autorité de son président, un rapport à l'Assemblée sur l'élection de chaque juge à la Cour européenne des droits de l'homme contenant ses recommandations. Les raisons ayant déterminé ses recommandations et l'ordre dans lequel elle a classé les candidats sont, dans la mesure du possible, indiqués dans le rapport;
 - iii. de mettre à jour, si nécessaire, le modèle de *curriculum vitae* adressé aux candidats à l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme;
 - iv. de veiller, dans le cadre de la procédure de nomination des candidats au niveau national, à l'application des critères fixés par l'Assemblée pour l'établissement des listes, et notamment la présence de candidats des deux sexes.
3. La commission peut faire rapport à l'Assemblée sur toute question se rapportant à la procédure de sélection des candidatures et à la procédure d'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme.
4. En complément ou par dérogation aux dispositions réglementaires générales, la commission applique les règles suivantes:
 - i. la commission vote à la majorité des suffrages exprimés, sauf pour une décision de rejet d'une liste de candidats ou une décision de prise en considération d'une liste de candidats d'un seul sexe, qui requièrent la majorité des deux tiers des suffrages exprimés. La commission procède au vote sur les candidats au scrutin secret. Seuls les membres ayant assisté en totalité à la procédure d'entretien des candidats pour un poste de juge peuvent voter. Pour toute autre décision, la commission vote à main levée. Un vote au scrutin secret peut être demandé si un tiers au moins des membres présents le demandent. Le président est habilité à prendre part au vote;
 - ii. lorsque la commission recommande à l'Assemblée le rejet d'une liste de candidats, cette recommandation doit être motivée.
5. Afin de pouvoir évaluer les aptitudes et les connaissances des candidats, les membres de la commission doivent posséder les qualités nécessaires de compétence et d'expérience dans le domaine juridique.

ANNEXE 2: EVALUATION DES LISTES REÇUES DES ETATS PARTIES

Extrait de la Résolution 1366 (2004), telle que modifiée par les Résolutions 1426 (2005), 1627 (2008) et 1841 (2011)

- “3. L'Assemblée décide de ne pas prendre en considération les listes de candidats:
- i. à penser que les domaines de compétence dans lesquels ont été sélectionnés les candidats sont indûment restreints;
 - ii. ne comportant pas au moins un candidat de chaque sexe, excepté dans des circonstances telles que prévues au paragraphe 4;
 - iii. énumérant des candidats qui:
 - a. soit ne semblent pas posséder une connaissance active de l'une des langues officielles du Conseil de l'Europe et une connaissance passive de l'autre
 - b. soit ne semblent pas tous présenter une envergure compatible avec l'article 21, paragraphe 1, de la Convention européenne des Droits de l'Homme.
4. L'Assemblée décide de prendre en considération les listes de candidats d'un seul sexe, si ces candidats appartiennent au sexe sous-représenté à la Cour (c'est-à-dire le sexe représentant moins de 40 % du nombre total de juges) ou dans les cas exceptionnels où une Partie contractante a pris toutes les mesures nécessaires et adéquates pour garantir la présence de candidats des deux sexes qui satisfassent aux exigences du paragraphe 1 de l'article 21 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ces cas exceptionnels doivent être considérés comme tels à une majorité des deux tiers des voix exprimées par les membres de la commission sur l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme. Cette position doit être entérinée par l'Assemblée dans le cadre du rapport d'activité du Bureau de l'Assemblée.”

Questions spécifiques qui devraient être prises en compte:

- Transparence et équité de la procédure nationale de sélection: appel public et ouvert à candidatures, y compris dans la presse spécialisée (sources: Résolution 1649 (2009) de l'APCE, paragraphe 4.1, rapport Chope Doc. 11767)

Explication:

Bien que l'Assemblée parlementaire ait constaté de notables progrès réalisés dans les procédures nationales de sélection de plusieurs pays dans sa Résolution 1649 (2009), paragraphe 2, elle a rappelé que les États continuaient à présenter des “disparités importantes” sur le plan de l'équité, de la transparence et de la cohérence au niveau national. Réaffirmant que le processus de désignation nationale devait “être guidé par les principes de procédure démocratique, de transparence et de non-discrimination”, elle a précisé dans le paragraphe 2 de cette même Résolution 1649 (2009) qu’ “en l'absence [...] d'une procédure nationale de sélection équitable, transparente et cohérente” et/ou “de véritable possibilité de choix” entre les candidats sélectionnés à l'échelon national qui lui étaient présentés, l'Assemblée pouvait décider de rejeter ces listes.

- Description par les États Parties des modalités selon lesquelles ont été sélectionnés les candidats à la Cour européenne des droits de l'homme (source: Résolution 1649 (2009) de l'APCE, paragraphe 4.2)

Explication:

Compte tenu de la grande diversité des procédures nationales de sélection, comme évoquée plus haut, le fait de demander aux États de décrire les modalités de cette sélection nationale des

candidats offre de précieuses indications sur la rigueur d'une procédure nationale de sélection donnée, ce qui permet, le cas échéant, de mieux évaluer les qualifications des candidats.

- Égalité entre les hommes et les femmes: la liste doit comprendre au moins un candidat de chaque sexe, sauf si les candidats appartiennent au sexe sous-représenté à la Cour, c'est-à-dire représentant moins de 40 % des juges, ou lorsque des circonstances exceptionnelles conduisent à déroger à cette règle (sources: Résolution 1366 (2004), telle que modifiée par les Résolutions 1426 (2005), 1627 (2008) et 1841 (2011), Lignes directrices du CM, paragraphe 8)

Explication:

À la suite d'un débat controversé provoqué par une liste entièrement masculine présentée par Malte en 2007, qui a fait l'objet d'un Avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme en février 2008, cette exigence et la possibilité d'y déroger à titre exceptionnel, telles qu'elles sont formulées ci-dessus, ne sont plus contestées aujourd'hui.

- Présentation de la liste des candidats dans l'ordre alphabétique (sources: Résolution 1649 (2009) de l'APCE, paragraphe 4.3; annexe à la Résolution 1432 (2005), paragraphe 3)

Explication:

Il importe non seulement que l'Assemblée ait une "véritable possibilité de choix" entre trois candidats en fonction de leurs qualifications réelles, noté plus haut, mais également que la présentation des candidats sur la liste se fasse dans l'ordre alphabétique, de manière à garantir la neutralité de leur situation dans la procédure nationale de sélection. Les noms des candidats figurent par ordre alphabétique sur les bulletins de vote de l'Assemblée.

- Curriculum vitae type (source: Résolution 1649 (2009) de l'APCE, annexe)

Explication:

L'existence d'un modèle de curriculum vitae des candidats présente non seulement l'intérêt pratique de fournir aux candidats des éléments d'orientation sur les catégories particulières d'informations à donner, mais vise également à permettre à l'Assemblée de procéder à une meilleure comparaison entre les candidats.

- Juges ad hoc: si possible, ne présenter aucun candidat dont l'élection pourrait entraîner la nécessité de nommer un juge ad hoc (source: Résolution 1649 (2009) de l'APCE, paragraphe 4.5)

Explication:

Tel peut être le cas, par exemple, lorsqu'un candidat est ou a été un agent du gouvernement qui a pris part à l'élaboration des affaires devant la Cour de Strasbourg ou lorsqu'il où elle peut avoir participé, par exemple, à la prise de plusieurs arrêts/décisions de rejet des recours internes ultimes du requérant dans son pays. Il pourrait en effet en résulter un conflit d'intérêts.

- Durée du mandat et limite d'âge maximale des juges (sources: Rapport explicatif du Protocole n° 14, (STCE n° 194), paragraphe 53; Exposé des motifs des Lignes directrices du CM, paragraphe 29).

Explication:

À l'heure actuelle, l'article 23, paragraphe 1, de la Convention, prévoit que les juges sont élus pour un mandat non renouvelable de neuf ans. Le paragraphe 2 de l'article 23 de la Convention fixe la limite d'âge maximale des juges à la Cour européenne des droits de l'homme à 70 ans. Le Protocole n° 15, qui n'est pas encore entrée en vigueur, étend cette limite d'âge à 74 ans. Sauf présentation d'un candidat faisant preuve de qualités exceptionnelles, on estime qu'un juge doit être en mesure d'effectuer au moins la moitié de son mandat de neuf ans, afin de ne pas perturber inutilement les travaux de la Cour par de fréquentes élections des juges.

ANNEXE 3: CRITÈRES POUR ÉVALUER DES CANDIDATS À LA FONCTION DE JUGE À LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

L'article 21, paragraphe 1, de la Convention européenne des Droits de l'Homme précise que:

“Les juges doivent jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ou être des juristes possédant une compétence notoire”.

Voir aussi Résolution 1649 (2009) de l'APCE et Résolution 1366 (2004), telles que modifiées par les Résolutions 1426 (2005), 1627 (2008) et 1841 (2011).

- Expérience professionnelle pertinente (judiciaire et/ou autre, qui se caractérise par son niveau, sa nature et sa durée)
- Compétences linguistiques: les candidats doivent avoir une connaissance active de l'une des langues officielles du Conseil de l'Europe et une connaissance passive de l'autre
- Motivation
- Connaissance du Conseil de l'Europe/expérience dans le système de la CEDH
- Clarté et précision de la pensée et de l'expression orale
- Jugement/compétences spécifiques, bon sens

ANNEXE 4: ELECTIONS DES JUGES À LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME – TABLEAU DE SUIVI POUR CHAQUE PARTIE CONTRACTANTE

ELECTIONS		PROCEDURE DE SELECTION NATIONALE		PROCEDURE D'ELECTION DE L'ASSEMBLEE			
Partie contractante		Fin du mandat du juge actuellement en fonction:	L'Etat sélectionne trois candidats qualifiés <i>Pour plus d'informations, veuillez contacter le Ministère de la Justice de l'Etat concerné</i>		L'Assemblée évalue si les trois candidats sont qualifiés Dans ce cas, l'Assemblée procède à l'élection d'un juge parmi ces candidats <i>Pour plus d'informations, veuillez contacter la Division de Communication de l'Assemblée</i>		
			Gouvernement invité à soumettre une liste de trois candidats le:	Consultations confidentielles avec le Panel consultatif d'experts du Conseil de l'Europe	Liste de trois candidats reçue par l'Assemblée	Recommandations de la commission spéciale de l'Assemblée sur l'élection des juges	Election par l'Assemblée:
JANVIER 2017:							
TURQUIE		30 avril 2017	12 décembre 2016		...	...	janvier 2017 (prévue)
OCTOBRE 2016:							
ALBANIE		31 janvier 2017	26 août 2016		...	...	octobre 2016 (prévue)
ESPAGNE		31 janvier 2017	26 août 2016		...	...	octobre 2016 (prévue)
GEORGIE		31 janvier 2017	26 août 2016		...	...	octobre 2016 (prévue)
HONGRIE		31 janvier 2017	26 août 2016		...	...	octobre 2016 (prévue)
"L'EX-REPUBLIQUE YUGOSLAVE DE MACEDOINE"		31 janvier 2017	26 août 2016		...	...	octobre 2016 (prévue)
AVRIL 2016:							
AZERBAIDJAN		31 octobre 2015	15 janvier 2016		...	...	avril 2016 (prévue)
			15 mars 2015		18 mars 2015	[15 juin 2015 – liste rejetée par l'Assemblée parlementaire le 22 juin 2015; nouvelle liste demandée]	
ROYAUME-UNI		6 septembre 2016	29 janvier 2016		...	...	avril 2016 (prévue)
JANVIER 2016:							
CHYPRE		16 septembre 2015	15 janvier 2015		...	...	janvier 2016 (prévue)
SLOVENIE		31 octobre 2015	15 mars 2015		...	...	janvier 2016 (prévue)

(continue)

ELECTIONS		PROCEDURE DE SELECTION NATIONALE		PROCEDURE D'ELECTION DE L'ASSEMBLEE			
		L'Etat sélectionne trois candidats qualifiés Pour plus d'informations, veuillez contacter le Ministère de la Justice de l'Etat concerné		L'Assemblée évalue si les trois candidats sont qualifiés Dans ce cas, l'Assemblée procède à l'élection d'un juge parmi ces candidats Pour plus d'informations, veuillez contacter la Division de Communication de l'Assemblée			
SEPT. – OCT. 2015:							
REPUBLIQUE SLOVAQUE	31 octobre 2013 – démission	5 janvier 2015		13 août 2015	17 septembre 2015	29 septembre 2015	
		15 novembre 2013		22 septembre 2014	[1 ^{er} octobre 2014 – liste rejetée par l'Assemblée parlementaire le 3 octobre 2014; nouvelle liste demandée]		
		15 avril 2013		6 juin 2013	[12 juin 2013 – liste rejetée par l'Assemblée parlementaire le 24 juin 2013; nouvelle liste demandée]		
JUIN 2015:							
ARMENIE	31 octobre 2015 – démission précoce	15 décembre 2014		12 mai 2015	15 juin 2015	23 juin 2015	
LETTONIE	31 octobre 2015 – démission précoce	15 mars 2015		30 avril 2015	15 juin 2015	23 juin 2015	
LUXEMBOURG	31 octobre 2015	15 mars 2015		19 février 2015	15 juin 2015	23 juin 2015	
MONACO	10 septembre 2015 –	4 décembre 2015		18 mai 2015	15 juin 2015	23 juin 2015	
	démission précoce	15 janvier 2015		27 février 2015	10 avril 2015		
AVRIL 2015:							
LIECHTENSTEIN	31 août 2015	15 janvier 2015		15 janvier 2015	10 avril 2015	21 avril 2015	
IRLANDE	2 mars 2017 – démission précoce	13 février 2015		13 février 2015	10 avril 2015	21 avril 2015	
ANDORRE	31 octobre 2015	15 mars 2015		6 février 2015	10 avril 2015	21 avril 2015	
AUTRICHE	31 octobre 2015	15 mars 2015		16 février 2015	10 avril 2015	21 avril 2015	
FINLANDE	31 décembre 2015	15 mars 2015		6 février 2015	10 avril 2015	21 avril 2015	

Voir site: <http://website-pace.net/documents/1653355/1653736/TableForthcomingJudgesElections-FR.pdf/0ea0626a-bc72-4dc7-b824-3acb3b444677>

NOTES

- * Les éditeurs ainsi que l'auteur de l'article souhaitent remercier respectivement, Madame Erika Engel, rédacteur en chef, et Monsieur Norbert Engel, directeur du RUDH, Kehl/Strasbourg, d'avoir autorisés la publication de cet article dans le présent Bulletin.
- ** Ce texte est un mise-à-jour d'un article publié dans la Revue Universelle des Droits de l'Homme (RUDH, vol. 22, 2015).
1. Il s'agit d'une formule, du nom d'un mathématicien belge, qui garantit une représentation distribuée équitablement en proportion du nombre de sièges obtenus dans l'ensemble des sièges de l'Assemblée. Le nombre de sièges pour chaque groupe politique doit être divisé successivement par une série de diviseurs (1, 2, 3, 4), les sièges au sein des commissions étant alloués successivement aux groupes politiques qui obtiennent le quotient ou la moyenne le plus élevé à la suite de l'application de la formule.
 2. L'AS/Cdh peut aussi proposer, à l'Assemblée, le rejet des listes: voir paragraphe 4 du mandat de la commission, en annexe 1 ci-après, et "Candidats à la Cour européenne des droits de l'homme", Résolution 1366 (2004), telle que modifiée par les Résolutions 1426 (2005), 1627 (2008) and 1841 (2011): voir l'extrait de ce texte dans l'annexe 2.
 3. Voir Résolution CM/Res(2010)26, telle que modifiée, sur la création d'un Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme. Le panel est composé de 7 personnalités: <http://www.coe.int/fr/web/dlapil/advisory-panel>. Les Etats ne sont pas liés par les vues exprimées par le panel consultatif; ses vues – transmises à la commission confidentiellement – sont "toujours" accordées par la [sous-]commission "[d']une grande importance... lors de l'évaluation de l'adéquation des candidats" (voir les décisions du Comité des Ministres (Délégués des Ministres), 1213^e réunion, 26 novembre 2014, point 1.5).
 4. Citation prise d'une lettre annexée au document 12391 de l'APCE "Procédures nationales de sélection des candidats à la Cour européenne des droits de l'homme", 2010, p.7, disponible sur: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-FR.asp?FileID=12764&lang=FR>.
 5. Paragraphes 43, 45 et 47 de l'Avis consultatif de la Cour du 12 février 2008: voir aussi vol. 29 HRLJ (2008), p.45-56 à p.55.
 6. Disponible sur: <http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2015/fcdhinfdoc022015.pdf>.
 7. Disponible sur: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=13035&lang=fr>.
 8. Disponible sur: <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=12219&Language=FR>.
 9. Disponible sur: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=20933&lang=fr>.
 10. Disponible sur: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/RoP/Rules-EN.pdf>.
 11. Voir note 4, au-dessus.
 12. Disponible sur: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM%282012%2940&Language=lanFrench&Ver=final&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>.
 13. Voir note 3, au-dessus.
 14. Disponible sur: <http://www.coe.int/fr/web/dlapil/advisory-panel>.
 15. Disponible sur: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Notes/1019/4.3&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM;see&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>, voir aussi note 5, au-dessus.
 16. Disponible sur: <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/html/194.htm>; aussi dans le vol. 26 HRLJ (205), pp.88-90.
 17. Disponible sur: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/213.htm>.
 18. Disponible sur: http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/interlaken_declaration_fr.pdf.
 19. Disponible sur: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-02/rapport-c-255-fr.pdf>.
 20. Soulignement ajouté. Voir note 4 ci-dessus, annexe au document 12391 de l'APCE, p. 7.
 21. Rapport d'activités de 2010-2013 du panel consultatif, § 30 à la p. 6, disponible sur: <http://www.coe.int/fr/web/dlapil/advisory-panel>.

22. Voir note 19 ci-dessus, p. 17.
23. Disponible sur: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16755&lang=fr>.
24. Voir note 18 ci-dessus, p. 4.
25. Voir note 12 ci-dessus, *passim*.
26. Disponible sur: http://www.echr.coe.int/Documents/Resolution_Judicial_Ethics_FRA.pdf.
27. Voir aussi, dans ce contexte, N.Vajić "Some remarks linked to the independence of international judges and the observance of ethical rules in the European Court of Human Rights" in *Festschrift für Renate Jaeger. Grundrechte und Solidarität* (2010), pp. 179-193.
28. Paragraphe 24 dans le document 11767 de l'Assemblée: voir note 8 ci-dessus.
29. Aussi disponible sur le site web de l'AS/Cdh: <http://assembly.coe.int/nw/Committees/as-cdh/as-cdh-main-fr.asp>. A consulter, également, dans ce contexte, la Résolution 1646 (2009) de l'Assemblée sur la nomination des candidats et l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme. Disponible sur: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=17704&lang=fr> (adoptée sur la base du rapport AS/Jur, document 11767 de l'APCE <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=12219&Language=fr>). Voir également A. Drzemczewski "Election des juges à la Cour européenne de Strasbourg: un aperçu" dans *L'Europe des Libertés, Revue d'actualité juridique*, (2010), pp.377-383., n° 33, 2010, Université des Strasbourg, pp. 6-10.

EL LARGO CAMINO DE LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: UNA NUEVA DÉCADA DE CONSULTAS DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR) (De México/2004 a Brasilia/2014)

.....

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juez de la Corte Internacional de Justicia (La Haya); ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasília (UnB), Brasil; Consultor Jurídico Principal de las Consultas del ACNUR de 2014; Doctor Honoris Causa en diversas Universidades en América Latina y el Caribe.

RESUMEN

Una nueva década ha transcurrido, desde las anteriores Consultas del ACNUR de San José y de México, y, al concluir ahora las Consultas de Brasília, –por la primera vez con la presencia y participación de todos los países de América Latina y del Caribe,– se han identificado nuevas situaciones de vulnerabilidad (e indefensión) y nuevas necesidades a requerir nuevas respuestas para asegurar la protección internacional de los derechos de la persona humana en distintas situaciones. Una vez más se manifiestan las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario, con la persona humana ocupando la posición central. Las atenciones se centran en los grupos vulnerables, a abarcar, además de los desplazados internos y los migrantes indocumentados (como en décadas anteriores), también los que padecen de pobreza crónica y las víctimas de la trata de personas. El ejercicio humanitario no es estatocéntrico, sino más bien centrado en la persona humana, para asegurar el primado del Derecho en los planos tanto nacional como internacional, en el marco de un nuevo *jus gentium* humanizado.

Palabras Clave

Consultas del ACNUR; convergencias (DIDH, DIR y DIH); grupos vulnerables; necesidades de protección; refugiados;

desplazados internos; migrantes indocumentados; trata de personas; primado del derecho; humanización del derecho internacional; nuevo *jus gentium* humanizado.

I. INTRODUCCIÓN

Una nueva década ha transcurrido, desde las anteriores Consultas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), y, a pesar de todos los avances realizados de Cartagena/1984 a San José/ 1994 y a México/2004¹, nuevos desafíos han surgido, de México/2004 a Brasília/2014, a requerir nuevas respuestas para atender a las nuevas necesidades de protección de los seres humanos, particularmente los que se encuentran en nuevas situaciones de vulnerabilidad o indefensión. Dichas situaciones y necesidades han sido identificadas en las nuevas Consultas del ACNUR a lo largo de 2014, una vez más revelando que la labor de protección internacional de los derechos de la persona humana, como en el mito de Sísifo, no tiene fin. Este trabajo de actualización, – en el marco del proceso histórico de la *humanización* del Derecho Internacional²,– que constituyó el proceso de Consultas de 2014, culminó en la Conferencia Interministerial de Brasilia, de 02-03 de diciembre de 2014.

Dicha labor de actualización se encuentra condensada en tres discursos que tuve el honor de proferir, en tres momentos de las Consultas del ACNUR de 2014, a saber:

1) en la Reunión del Grupo Latinoamericano y Caribeño (GRULAC), en la ONU/ACNUR en Ginebra, el 03 de noviembre de 2014, sobre la relevancia de las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario, en el contexto regional actual; 2) nuevamente en la Reunión del GRULAC, en la ONU/ACNUR en Ginebra, el 14 de noviembre de 2014, sobre las situaciones de vulnerabilidad de la persona humana a requerir su protección; y 3) en la Conferencia Interministerial de Brasilia, el 02 de diciembre de 2014, un día antes de la adopción de la Declaración y el Plan de Acción de Brasil, sobre las Consultas del ACNUR de 2014 y sus resultados. Reproduzco, a continuación, estos tres discursos, para, en seguida, presentar mis breves observaciones finales sobre la materia.

II. LA RELEVANCIA DE LAS CONVERGENCIAS ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, EN EL CONTEXTO REGIONAL ACTUAL(*)

Guardo un grato recuerdo de la anterior reunión con el GRULAC, el 13 de febrero pasado, aquí en el ACNUR en Ginebra, que abrió el actual proceso de Consultas de la tercera década desde la adopción de la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados* (1984), a culminar, dentro de un mes, en la Conferencia interministerial en Brasilia. Con satisfacción comparezco a esta nueva reunión con el GRULAC, el día de hoy, 03 de noviembre de 2014, otra vez aquí en el ACNUR en Ginebra, para compartir algunas reflexiones con todos los presentes, en relación específicamente con el actual Proyecto de Declaración de Brasilia, en lo que concierne al tema que me ha sido confiado, a saber, el de la *"Relevancia de las Convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario, en el Actual Contexto Regional"*.

Quisiera empezar con una importante observación: a lo largo de todo el proceso de Consultas del ACNUR, iniciado con la Declaración de la primera década (1994) después de la Declaración de Cartagena, estuvo presente el *reconocimiento expreso* de la relevancia de aquellas convergencias, para asegurar la protección más eficaz de los derechos de la persona humana, en las más distintas circunstancias. Así, la *Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas* (1994) alaba y enfatiza expresamente, tanto en sus consideraciones preambulares (10ª) como en sus conclusiones (3ª) el carácter complementario y las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH), con el propósito de "proporcionar un marco común" para asegurar la protección eficaz de los derechos de la persona humana.

De igual modo, la *Declaración de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina* (2004) también reconoció expresamente el carácter complementario de las referidas tres vertientes convergentes para asegurar y fortalecer la protección de los que de ésta necesiten, a la luz del principio *pro persona humana* (6º párrafo preambular). Teniendo esto presente, me parece necesario, por las razones adicionales que pasaré a exponer, que, en el Proyecto de la Declaración de Brasilia (2014), figure igualmente un reconocimiento expreso a la relevancia de las convergencias entre el DIDH, el DIR y el DIH. Un párrafo adicional (preambular), en este sentido, podría tener la siguiente redacción:

Enfatizando las convergencias y el carácter complementario del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional de los Refugiados, y del Derecho Internacional Humanitario, de modo a proporcionar un marco jurídico común para fortalecer la protección, a la luz del principio *pro persona humana*, de los refugiados y de otras personas que de ella necesiten, en razón de las circunstancias de vulnerabilidad en que se encuentren.

En efecto, las convergencias entre el DIDH, el DIR y el DIH han marcado presencia en las tres Consultas sucesivas del ACNUR, las de 1994, de 2004, y de 2014. De inicio, se reconoce que el desplazamiento transfronterizo

forzado puede resultar de conflictos o tensiones o disturbios internos, entre otras causas. Se busca el otorgamiento de *visas humanitarias* para personas que no necesariamente califican como refugiados. Se busca la aplicación efectiva de los altos estándares del debido proceso legal establecidos en la *jurisprudence constante* de la CtIADH (reunión subregional del Mercosur, 18-19.03.2014). Se caracteriza como “buena práctica” la de la movilidad humana, como forma de protección, a la par de otras (como la residencia permanente y la naturalización) (reunión subregional andina, 09-10.06.2014).

Se centran las atenciones en los grupos vulnerables, y los distintos grados de vulnerabilidad, inclusive en circunstancias extremas, como en relación con niños, niñas y adolescentes no acompañados (reunión subregional de Mesoamérica, 10-11.07.2014). Es alentador que el actual Proyecto de Declaración de Brasilia (2014) ya reconozca expresamente, para efectos de la protección debida, la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentran las personas y grupos que tanto necesitan de protección (párrs. 7, 16, 19, 43 y 47). El referido Proyecto de Declaración también ya resalta, correctamente, la posición central de la persona humana, y la importancia del espíritu de solidaridad, en las presentes Consultas del ACNUR.

Se reconoce la necesidad de intensificar la cooperación internacional entre países de origen, de tránsito y de destino de los migrantes (reunión subregional caribeña, 10-11.09.2014). En todas estas situaciones, identificadas a lo largo de las actuales Consultas del ACNUR, a culminar en la próxima Conferencia Interministerial de Brasilia, programada para 2-3 de diciembre de 2014, inciden las convergencias entre el DIDH, el DIR y el DIH, para proporcionar la protección eficaz a los que de ella necesitan, en razón de su vulnerabilidad. Estas tres vertientes están siempre presentes para atender a los imperativos de protección. No hay, a mi juicio, espacio para la invocación de una supuesta *lex specialis*, que torne inviable su aplicación concomitante, siempre que necesaria.

May I take a step further, in this respect: the three aforementioned branches of international law for the protection of the human person (namely, the ILHR, the ILR and IHL), converging at normative, hermeneutic and operational levels, do not exclude the possibility that

other branches of international law may also converge with them as well, to the same effect. For example, in the most recent Caribbean subregional meeting, the point was made of the relevance of the search and rescue-at-sea and recovery operations, under the U.N. Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) and other treaties. This was the first time, along the UNHCR Consultations of the last three decades that UNCLOS and other Law of the Sea treaties were invoked, in connection with the international protection of the human person as migrant. This shows, in my perception, the *unity of the law*, and the possibility of wider convergences to secure the protection of the human person, in particular when surrounded by circumstances of the utmost vulnerability.

In effect, the problems we have faced have varied from decade to decade, but what remains always present is the vulnerability of the human person, in constantly changing and distinct circumstances. As facts seem to come always before the legal norms, we have to bear always in mind the imperatives of justice. To abide by them, we are obliged to bear constantly in mind that the ILHR, the ILR and IHL go together, – at normative, hermeneutic and operational levels. The UNHCR has acknowledged that, on several occasions. And this applies in distinct phases of its work; for example, to invoke but one, in the specific phase of *determination of refugee status*, the UNHCR has constantly underlined the need to ensure the access to justice encompassing the guarantees of due process of law, as asserted and construed in the *jurisprudence constante* of the Inter-American Court of Human Rights (CtIADH – under Articles 25 and 8, jointly, of the American Convention on Human Rights). In order to reach a better understanding of this issue, we have to approach it in its temporal dimension.

Así, media década después de la adopción de la *Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas* (1994), la CtIADH emitió su Opinión Consultiva n. 16, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), verdaderamente pionera, que ha venido ejerciendo considerable influencia en la jurisprudencia internacional, inclusive de la propia Corte Internacional de Justicia. La CtIADH procedió a la *humanización* del Derecho Consular, mediante una relectura

e interpretación evolutiva del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963), y vinculando el referido derecho a la información sobre asistencia consular al derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, abarcando las garantías del debido proceso legal. Aquí se dio la convergencia ampliada, de las anteriormente mencionadas tres vertientes de protección de la persona humana con el propio Derecho Consular.

La etapa siguiente tuvo lugar en vísperas de la adopción de la *Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina* (2004), cuando la CtIADH emitió su Opinión Consultiva n. 18, sobre la *Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Dicha Opinión Consultiva tuvo un considerable impacto, no sólo en nuestra región como en otras partes del mundo, como tuve ocasión de señalar en mi conferencia de apertura de la sesión anual de estudios de 2007 del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Instituto René Cassin) en Estrasburgo. La CtIADH centró su análisis en el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, que prohíbe la invocación de cualquier tratamiento discriminatorio en detrimento de cualquier persona, inclusive migrantes indocumentados. La CtIADH se tornó el primer tribunal internacional contemporáneo a afirmar que el principio básico de la igualdad y no-discriminación hoy pertenece al dominio del *jus cogens*.

Desde las Opiniones Consultivas ns. 16 y 18 de la CtIADH (*supra*), algo extraordinario ocurrió en nuestra región: a la luz de dichas Opiniones Consultivas, varios Estados de nuestra región pasaron a actualizar sus *Guías* o *Manuales Consulares*, a fin de proporcionar asistencia consular más eficaz; hubo los que crearon *consulados itinerantes*, o que pasaron a acompañar el contencioso ante tribunales extranjeros (para asegurar el derecho a la información sobre la asistencia consular); también hubo los que crearon nuevos órganos nacionales de coordinación del ejercicio de la asistencia y protección consulares. Me permito traer a colación este desarrollo, teniendo presente el aporte, e.g., de la reunión subregional del Mercosur (*supra*) en las presentas Consultas del ACNUR.

No llegamos, sin embargo, al final de este desarrollo; han surgido nuevas necesidades de

protección. En la misma línea de pensamiento de las mencionadas Opiniones Consultivas ns. 16 y 18 de la CtIADH, viene ésta de adoptar la Opinión Consultiva n. 21, sobre los *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional* (2014). La contribución de la *jurisprudence constante* de la CtIADH ha sido reconocida por la doctrina jurídica contemporánea (a partir de la Opinión Consultiva n. 16): la persona humana ha asumido, también en el presente contexto, posición central en el ordenamiento jurídico internacional, en el marco general del nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos.

Les insuffisances du *corpus juris* de protection ont donné naissance à des initiatives, dans notre région, pour donner des réponses appropriées aux nouveaux besoins de protection dans des situations originairement non-prévues, comme celles de déplacements internes, des migrants sans papiers, de déracinement en général. Elles ont été prises pour faire face à l'aggravation du problème des flux migratoires forcés. Dans ce propos, la *Déclaration et le Plan d'Action du Mexique* (2004) avait réaffirmé expressément les convergences, – aux niveaux normatif, herméneutique et opérationnel, – du DIDH, le DIR et le DIH, déjà consacrées expressément dans la *Déclaration de San José du Costa Rica* (1994). Il s'agit d'une position principiste, que, à mon avis, doit être réitérée dans la prochaine *Déclaration et le Plan de Action de Brasília* (2014).

De este modo, nuestra región, una vez más, ha asumido una posición de vanguardia en el presente dominio de protección internacional de los derechos de la persona humana, entendida ésta como sujeto del derecho de gentes (*droit des gens*). Además, nuestra región ha impulsado, con las providencias arriba citadas, el proceso de *formación* de una nueva rama del derecho internacional contemporáneo, el *Derecho Internacional de las Migraciones*. Pero este proceso de su formación se encuentra, todavía, en sus primordios: aún resta un largo camino a recorrer.

Ha habido otras iniciativas recientes apuntando en la misma dirección. Por ejemplo, al inicio de este año, la *Declaración de la II Cumbre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños* (CELAC) (reunida en La Habana, Cuba, en fines de enero de 2014), hizo un llamado –en lenguaje

reminiscente de la Opinión Consultiva n. 18 (2003) de la CtIADH, – a la erradicación de la discriminación de las desigualdades y de la marginación social, que son “violaciones de los derechos humanos y transgresiones del Estado de Derecho” (párr. 1). La referida Declaración de la CELAC afirmó su compromiso en “continuar a consolidar sólidos principios regionales en materia de reconocimiento de los derechos de los migrantes, así como profundizar la coordinación de políticas migratorias regionales y de posiciones comunes en las negociaciones globales e inter-regionales sobre migraciones, y, en especial, en la formación del debate internacional sobre el nexo entre la migración, el desarrollo y los derechos humanos” (párr. 26).

En conclusión, en las presentes Consultas del ACNUR, debemos mantenernos conscientes de que provenimos de una región – América Latina y Caribe – que ha asumido posiciones de vanguardia en diversos dominios del Derecho Internacional. Esto es hoy día internacionalmente reconocido. En el curso de estas Consultas del ACNUR, ahora en su tercera década, estoy convencido en que sabremos mantenernos, fieles a nuestra mejor doctrina jusinternacionalista, a la altura de los nuevos desafíos que hoy enfrentamos en nuestra parte del mundo, en el marco de la universalidad de los derechos humanos.

Nuestro ejercicio no es estatocéntrico; está centrado, más bien, en la persona humana, y en el atendimento de sus necesidades básicas de protección. Para este propósito, que corresponde a los fines humanos del Estado, es de capital importancia tener presentes las convergencias entre las tres vertientes de protección de la persona humana, a saber: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario. Mi recomendación al GRULAC es, pues, que pase a constar del Proyecto de Declaración de Brasília (2014) un reconocimiento expreso en este sentido (en los términos que vengo de proponer), tal como ocurrió con las Declaraciones de San José (1994) y de México (2004), para fortalecer la protección de la persona humana en distintas y cambiantes circunstancias.

III. REFLEXIONES ACERCA DE LAS SITUACIONES DE VULNERABILIDAD DE LA PERSONA HUMANA A REQUERIR SU PROTECCIÓN(*)

El actual proceso de Consultas del ACNUR constituye un elemento adicional a demostrar que, en nuestros días, se encuentra enteramente superada la visión estrictamente inter-estatal del ordenamiento jurídico internacional, con el reconocimiento general de la presencia en el mismo de la persona humana, y de su acceso a la justicia, a niveles tanto nacional como internacional. A la persona humana ha sido restituida la posición central que hoy ocupa en el derecho de gentes, de que da testimonio el ejercicio que hoy, 14 de noviembre de 2014, nos congrega no en este acto tan significativo en esta reunión del GRULAC, en Naciones Unidas/ACNUR aquí en Ginebra, al cual comparezco en representación del equipo de los tres Expertos Jurídicos del ACNUR en sus actuales Consultas conducentes a la Conferencia Interministerial de Brasília de 02-03 de diciembre de 2014.

El hecho de que tantos individuos hayan, en nuestros días, logrado alcanzar la jurisdicción internacional en la vindicación o defensa de sus derechos, en medio a circunstancias de la más aguda adversidad o vulnerabilidad, es señal de los nuevos tiempos, revelador del nuevo paradigma del derecho internacional *humanizado*, el nuevo *jus gentium*, sensible y atento a las necesidades de protección de la persona humana en cualesquiera circunstancias⁵. Sin embargo, hay tantos otros individuos que siguen padeciendo en situaciones de extrema vulnerabilidad, en medio a necesidades agudas y apremiantes de protección.

Hace casi dos semanas, en otra reunión del GRULAC como la presente, me permití destacar las proyecciones de este proceso de *humanización* del derecho internacional, que se han hecho sentir en las tres vertientes, *convergentes*, de protección internacional de los derechos de la persona humana, a saber, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario⁶. Es cierto

que, en nuestra parte del mundo, se han logrado muchos avances, a lo largo de las tres últimas décadas (1984-2014), pero han surgido nuevas necesidades de protección.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH) se ha construido, en los últimos años, extendiendo protección a migrantes indocumentados o desarraigados, “niños en la calle” o abandonados, entre otras personas afectadas, individualmente o en grupos o comunidades, por tipos distintos de marginación o exclusión social, victimados en situaciones de conflicto armado o desplazados forzosamente, e inclusive familiares de víctimas de masacres⁷. Sin embargo, a lo largo de la última década (2004-2014), han surgido, como lo vienen de revelar las Consultas de este año del ACNUR en América Latina y el Caribe (2014), nuevas situaciones de la más aguda vulnerabilidad de los seres humanos, que hoy día requieren nuevas respuestas para asegurar su efectiva protección. De ahí la considerable importancia del presente ejercicio que aquí nos congrega, en un momento tan significativo para todos nosotros: el de la conclusión del proceso de redacción del Proyecto de *Declaración y Plan de Acción de Brasilia para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina* (2014).

En el actual proceso de Consultas del ACNUR, las cuatro reuniones subregionales realizadas durante este año (a saber, las del Mercosur, 18-19.03.2014; de la subregión andina, 09-10.06.2014; de Mesoamérica, 10-11.07.2014; y del Caribe, 10-11.09.2014) nos han permitido actualizarnos e identificar los nuevos desafíos, – que revisamos en nuestra anterior reunión del GRULAC del 03.11.2014, aquí en Ginebra. Hay que tener presente, en una dimensión temporal, que la *protección de los vulnerables* ha constituido el gran legado de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993)⁸ de Naciones Unidas.

Pero a pesar de toda la atención que los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas se han venido dedicando a esta causa, todavía falta una conceptualización adecuada de vulnerabilidad, inclusive con criterios para identificar personas o grupos de personas en situación de vulnerabilidad⁹, para los efectos de su protección eficaz. A esto se agrega el hecho de que, en determinadas situaciones, dicha vulnerabilidad se ha configurado en medio a la descomposición

del poder público, incapaz de prestar un mínimo de protección a las referidas víctimas, en un contexto más amplio de descomposición del propio tejido social.

En este contexto sumamente preocupante, asume particular relevancia la observancia del *principio básico de la igualdad y no-discriminación*, frecuentemente proclamado pero insuficientemente estudiado hasta el presente. Se entiende por discriminación una distinción arbitraria o injustificable (sin justificación alguna), y por lo tanto inadmisibles. Su prohibición se da en relación con el ejercicio de todos los derechos consagrados como inherentes a la persona humana, en razón del *principio fundamental de la igualdad y no-discriminación*¹⁰. La violación de la prohibición de todo tipo de discriminación acarrea violación de los propios derechos humanos protegidos, con todas sus consecuencias jurídicas. La insuficiente atención dedicada por la doctrina jurídica hasta el presente, al principio básico de la igualdad y no-discriminación, está lejos de guardar proporción con la fundamental importancia de dicho principio, tanto en la teoría como en la práctica del derecho.

Igualdad y no-discriminación han pasado a ser invocadas en relación con individuos y grupos de individuos en situación de vulnerabilidad, o en relación con ellos o en su nombre, en las más variadas circunstancias. Desde mediados de la década de los noventa hasta el presente (1994-2014), las atenciones se han concentrado en los desafíos de la condición de personas afectadas tanto por tensiones y disturbios internos como por el empobrecimiento y la pobreza crónica, en las migraciones como indocumentados¹¹ (en particular las niñas y niños no acompañados y las mujeres), y en las víctimas de la trata de personas. Los victimados son sometidos a condiciones infra-humanas de vida, cuando sobreviven.

El ciclo de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas¹², que se extendió por toda la década de los noventa hasta el inicio de la década pasada, vino significativamente presentar un denominador común, a dar cohesión a los documentos finales por ellas adoptados, – denominador éste que fue afirmado de forma contundente por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos: el reconocimiento de *la legitimidad de la preocupación de la comunidad internacional como un todo con las condiciones de*

*vida de la población en todas partes*¹³. El referido conclave mundial buscó examinar los medios de asegurar la indivisibilidad de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) *en la práctica*, con atención especial a las personas discriminadas o desfavorecidas, a los grupos vulnerables, a los pobres y los socialmente marginados o excluidos, –en suma, a los más necesitados de protección¹⁴,– y con vistas a asegurarles las condiciones de una vida digna.

Este ciclo de Conferencias Mundiales, en el plano global, sumado a las tres décadas de Consultas del ACNUR (1984-2014), en nuestro plano regional, han contribuido mucho al reconocimiento de la *centralidad* de las víctimas en el presente dominio de protección, inclusive –y sobre todo– de las que padecen de vulnerabilidad, en medio a circunstancias particularmente *agravantes*. Sólo podremos buscar *soluciones duraderas* mediante una acción colectiva, movida por la solidaridad humana. Son aquí necesarios esfuerzos a través de una concertación de Estados y entidades de la sociedad civil, congregados en una causa común, para asegurar la salvaguardia de los derechos básicos de los migrantes y sus familiares, en todas circunstancias.

On reconnaît de nos jours que, face au phénomène des migrations forcées, c’est la responsabilité de la communauté internationale dans son ensemble qui est en cause, pour défendre le droit humain de vivre avec dignité, et même la survie, des victimes réelles et potentielles. L’ensemble de la question met en évidence des impératifs de justice sociale au niveau universel. Un rôle important est dévolu aux politiques publiques ainsi qu’à la mobilisation des entités de la société civile pour réduire leurs souffrances et améliorer leurs conditions de vie. Des avancées dans ce domaine ne pourront être accomplies que dans une atmosphère de vraie solidarité humaine. Les êtres humains ne doivent pas être privés de leurs droits simplement en raison de leur statut migratoire ou de toute autre circonstance. Il faut placer la personne humaine à la place qui lui correspond, au-dessus du capital, des biens et des services.

Quite significantly, in the three decades of the Consultations of the UNHCR in our part of the world, this is the first time that our community of nations, *as a whole, encompassing Latin America as well as the Caribbean* (as from the memorable meeting in Grand Cayman Island, held last

11.09.2014), assume jointly this humanitarian cause. This is in line with the long-standing contribution of our region to the most lucid doctrinal trend in modern international law, as evidenced, successively, in the II Hague Peace Conference (1907); in the creation (in 1907) of the first permanent international tribunal in the world, the Central American Court of Justice; in the concertation, along decades, of the old International Conferences of American States, wherefrom emerged some historical Conventions, such as, *inter alia*, the Convention on Asylum (La Habana, 1928), the Convention on Political Asylum (Montevideo, 1933), and the Conventions on Political and Territorial Asylum (Caracas, 1954), without parallel in other regions of the world; in the adoption, in 1948, of the American Declaration of Rights and Duties of Man, one semester before the adoption by the U.N. General Assembly of the Universal Declaration of Human Rights.

El derecho de acceso a la justicia (artículo 8 de la Declaración Universal) fue una contribución de las más significativas de nuestra región a la Declaración Universal como un todo. Y los ejemplos, del pionerismo de nuestros países en el dominio de la protección internacional de los derechos de la persona humana, se multiplican. Las tres décadas de las Consultas del ACNUR, subsiguientes a la Declaración de Cartagena (1984), de las cuales han emanado las Declaraciones de San José (1994) y de México (2004), y ahora el Proyecto de la Declaración de Brasilia (2014), son otra manifestación en el mismo sentido. No hay otra región del mundo que haya procedido del mismo modo; es esto un patrimonio jurídico de los países y pueblos de nuestra región¹⁵.

En todo el proceso de este ejercicio humanitario de tres décadas, el derecho de la persona humana de acceso *lato sensu* a la justicia, en los planos nacional e internacional, ha marcado presencia significativamente. En todo este proceso se han buscado y encontrado nuevas respuestas a nuevas necesidades de protección del ser humano, a saber: “ciudades y fronteras solidarias”, visas humanitarias, mejora en los procedimientos de asilo y de determinación de la condición de refugiados, movilidad laboral, repatriación voluntaria y “reasentamiento solidario”.

En lo que concierne a las Consultas de este año de 2014, es gratificante que nos sintamos

responsables por el Proyecto de Declaración y Plan de Acción de Brasilia. Hemos alcanzado, juntos, el compromiso, de toda nuestra región, de erradicar la apatridia, y de fortalecer la protección de los vulnerables (inclusive las víctimas de actores no-estatales, y de grupos criminales), en todas y cualesquiera circunstancias. El actual proceso de Consultas ha contado, por primera vez, con los aportes de los Estados de *toda* la región (América Latina así como el Caribe), y de los representantes de la sociedad civil, con el más alto grado de participación, y de compromiso con su seguimiento.

Es gratificante que la Providencia nos haya reservado el privilegio de participar de este proceso de Consultas de 2014, marcante en las vidas profesionales de todos nosotros, con resultados ciertamente benéficos para tantas personas vulnerables que no conocemos, que tanto necesitan de protección. Al fin y al cabo, es este un ejercicio del cual jamás nos olvidaremos. Difícilmente podría haber algo más gratificante que el sentimiento del empeño desplegado en dejar para las nuevas generaciones un mundo quizás mejor que el que nos fue legado.

IV. UNA NUEVA DÉCADA (2004-2014): LAS CONSULTAS DEL ACNUR DE 2014 Y SU RESULTADO, LA DECLARACIÓN Y EL PLAN DE ACCIÓN DE BRASIL (*)

Las Consultas del ACNUR, iniciadas en febrero de este año y que ahora alcanzan su punto culminante, en esta Conferencia Interministerial de Brasilia (02-03.12.2014), han buscado extraer las lecciones acumuladas desde la adopción de la Declaración y Plan de Acción de México de 2004, para identificar los nuevos retos humanitarios que hoy enfrentamos y divisar respuestas a nuevas necesidades de protección de los seres humanos afectados, como sujetos de derechos y de protección internacional. Las Consultas de 2014, particularmente densas, han contado con cuatro reuniones subregionales, a saber: la del Mercosur (18-19.03.2014), la andina (09-10.06.2014), la de Mesoamérica (10-11.07.2014), y la del Caribe (10-11.09.2014). Además, han contado con un proceso adicional de consultas en el marco del Grupo Latinoamericano y del Caribe (GRULAC), realizado en el ACNUR en Ginebra: fue éste

iniciado el 13.02.2014, evaluado el 03.11.2014, y concluido el 14.11.2014.

Las Consultas de 2014 han propiciado un amplio diálogo, con espíritu constructivo, que congregó representantes gubernamentales de más de 30 países de la región (América Latina y el Caribe), además de países observadores, de más de 150 entidades de la sociedad civil, los defensores del pueblo (*ombudspersons*), y representantes de los principales organismos internacionales competentes en la materia. Las Consultas de 2014 han sido las de mayor participación pública de las tres últimas décadas, –y he tenido el privilegio de participar de todas ellas como Consultor Jurídico *ad honorem* del ACNUR–, a las cuales, por primera vez, se han sumado, a los países latinoamericanos, los países del Caribe como un todo.

Es necesario evaluar las Consultas de 2014 en perspectiva histórica, teniendo en mente las Consultas de las dos décadas anteriores, de San José de Costa Rica de 1994 y de México de 2004, para bien apreciar la ampliación del derecho aplicable. La evolución del Derecho, en el presente dominio de salvaguardia de los derechos de la persona humana, debe ser examinada bajo la óptica de las nuevas respuestas a las necesidades cambiantes de protección; la centralidad es de la persona humana. Cada Declaración, resultante de las Consultas anteriores del ACNUR, es fruto de un determinado momento histórico. Pero todas ellas, inclusive la que estamos listos a adoptar en la presente Conferencia Interministerial de Brasilia, enmarca la temática de los refugiados, desplazados y migrantes, en el contexto más amplio y el universo conceptual de la observancia de los derechos humanos en todas las circunstancias. De San José/1994 a México/2004 y a Brasilia/2014, se han reconocido las *convergencias* entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR), y el Derecho Internacional Humanitario (DIH)¹⁷.

Tal como ponderé en mi Prefacio al tomo de la *Memoria* de las Consultas que generaron la Declaración de San José de Costa Rica de 1994, se ha comprendido que, en lugar de “categorizaciones subjetivas de personas (de acuerdo con las razones que las llevaron a abandonar sus hogares)”, pasamos a la “adopción del criterio objetivo de las *necesidades de protección*”, lo que de ese modo abarca un número considerablemente mayor de personas (inclusive los desplazados internos) tan vulnerables como los refugiados”, no habiendo

lugar para *vacatio legis*¹⁸. Con esto, se logra la ampliación del *derecho de protección* aplicable, en beneficio de todos los seres humanos protegidos.

Así como la Declaración de Cartagena (1984) enfrentó el gran drama humano de los conflictos armados en Centroamérica, y además presintió el agravamiento del problema de los desplazamientos internos; así como la Declaración de San José (1994) se profundizó en la cuestión de la protección también de los desplazados internos, y además presintió el agravamiento del problema de los flujos migratorios forzados; y así como la Declaración de México (2004) se profundizó en la cuestión de la protección de los migrantes (inclusive los indocumentados), y además presintió el agravamiento del problema de los flujos migratorios mixtos de gran complejidad; así también el Proyecto de Declaración que estamos a punto de adoptar aquí en Brasilia (2014) se concentra en los miembros de grupos que padecen de extrema vulnerabilidad, y además presente el agravamiento del problema de las víctimas de actividades criminales de actores no-estatales.

Con el espíritu de encontrar respuestas a las nuevas necesidades de protección de los miembros de los segmentos victimados de la población, el actual Proyecto de Declaración (2014) reconoce expresamente, para efectos de la protección debida, la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentran las personas y grupos que tanto necesitan de protección¹⁹. El referido Proyecto de Declaración también resalta, correctamente, la responsabilidad primaria de los Estados (párr. 6), la posición central de la persona humana (párr. 8), y la importancia del espíritu de solidaridad, tal como demostrado a lo largo de las Consultas del ACNUR de 2014.

Se puede constatar, en todas estas Declaraciones de tres décadas sucesivas, que la violación de los derechos humanos constituye una de las causas de los éxodos de refugiados y las graves crisis humanitarias, a requerir *soluciones duraderas* para los victimados²⁰, los desarraigados que pasan a encontrarse en situación de creciente vulnerabilidad. El Derecho ha reaccionado, para extender la debida protección a tantos desarraigados²¹. En las Consultas del ACNUR en las tres últimas décadas, se ha buscado lograr, mediante las Declaraciones respectivas, la correspondiente ampliación del derecho aplicable, tanto *ratione materiae* como *ratione personae*.

En efecto, ya mi contribución como Consultor Jurídico del ACNUR en sus Consultas, que presenté al pleno de la Conferencia de México de la cual resultó la Declaración y Plan de Acción de 2004, me permití señalar que, a partir de la experiencia de la comunidad internacional en nuestra parte del mundo, era difícil evitar la impresión que pasamos continuamente de una crisis a otra, con sus efectos disgregadores. Por otro lado, es muy significativo también constatar que la reacción de la comunidad internacional, movida por la conciencia humana, ha sido inmediata, mediante el ejercicio de reflexión colectiva, y con una participación pública cada vez más amplia, en las Consultas realizadas en los tres decenios sucesivos. Con esto, significativamente –agregué–, se viene logrando la continua expansión del derecho aplicable, de modo a extender protección a un número cada vez mayor de personas que de ella necesitan, en las más distintas circunstancias²².

Las Consultas de 2014 han vuelto a reconocer la importancia de las convergencias entre las tres vertientes de protección de la persona humana, –DIDH, el DIR, y el DIH –, en los planos normativo, hermenéutico y operativo. Pero las Consultas de 2014, en mi percepción, han imprimido una dimensión aún más amplia a dichas convergencias, al traer a colación tratados e instrumentos internacionales propios de otras ramas del derecho internacional, el derecho de gentes (*droit des gens / jus gentium*). Me permito señalar dos ejemplos en este sentido.

En la más reciente reunión subregional del Caribe (realizada en Grand Cayman, en septiembre de 2014), se ha subrayado la relevancia de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982) y del Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos (1979) para las operaciones de protección de las personas en peligro en el mar. Este aporte se encuentra debidamente consignado en el Proyecto de Plan de Acción de Brasil (capítulo V), para afrontar la situación de vulnerabilidad de personas en necesidad de protección marítima. Es esta la primera vez que esto ocurre, expandiendo el marco de protección internacional. Las convergencias son ampliadas: aquí se juntan, a las referidas tres vertientes de protección internacional, otros instrumentos internacionales propios del derecho del mar.

En la reunión subregional de Mesoamérica (realizada en Managua, en julio de 2014), se

ha señalado la situación de mayor y extrema vulnerabilidad de las víctimas, reales o potenciales, de la trata de personas, como las mujeres, y los niños y niñas no acompañados o separados, entre otros. Se han traído a colación las necesidades de protección internacional de las víctimas frente al crimen organizado transnacional, también consignadas en el referido Proyecto de Plan de Acción (capítulo IV), que se espera sea adoptado por esta Conferencia Interministerial de Brasilia. En realidad, es este un problema que hace mucho viene preocupando el ACNUR, aún antes de las Consultas de 2004 y a lo largo de la última década.

Me incumbe aquí recordar que, en 2002, el ACNUR emitió sus *Directrices sobre la Protección Internacional*, en los contextos tanto de *Persecución por Motivos de Género*²³, como de *Pertenencia a un Determinado Grupo Social*²⁴. Posteriormente, en 2006, el ACNUR emitió sus *Directrices sobre las Víctimas de la Trata de Personas y las Personas que Están en Riesgo de Ser Víctimas de la Trata*²⁵, en las cuales, *inter alia*, después de invocar la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000) y sus Protocolos Adicionales sobre la Trata de Personas y el Tráfico de Migrantes, recuerda que el Protocolo sobre la Trata de Personas, después de señalar la situación de vulnerabilidad de estas últimas (artículo 3), contempla la convergencia normativa con los tratados del DIDH y del DIR (artículo 14), para asegurar mejor protección a aquellas personas²⁶.

Aquí se juntan, a las ya mencionadas tres vertientes de protección internacional, otros instrumentos internacionales de control de la delincuencia organizada transnacional y de combate a la exploración de seres humanos (como la trata de personas) en situación de especial vulnerabilidad. La dimensión es más amplia, no sólo *ratione personae* y *ratione temporis* (las víctimas reales o potenciales), sino también *ratione materiae*, por abarcar los agentes de persecución tanto estatales como no-estatales. Con este nuevo enfoque, el ACNUR divulgó, en 2010, su *Nota de Orientación sobre las Solicitudes de la Condición de Refugiado Relacionadas con las Víctimas de Pandillas Organizadas*²⁷.

Le travail de protection, dans cet univers conceptuel plus vaste, révèle, dans ma perception, l'unité du Droit²⁸, comprenant

domaines distincts du Droit international public contemporain en *convergence* pour sauvegarder les droits de la personne humaine dans toutes les circonstances, aux niveaux national aussi qu'international, en *interaction* dans le présent contexte de protection²⁹. Il reste clair que des avancées dans le présent domaine de protection que nous concerne dans cette Conférence de Brasilia, ne pourront être accomplies que dans une atmosphère de vraie solidarité humaine. Les êtres humains ne doivent pas être privés de leurs droits simplement en raison de leur statut migratoire ou de toute autre circonstance. La personne humaine doit être placée à la place que le correspond, certainement au-dessus du capital, des biens et des services.

La reunión subregional andina (realizada en Quito, en junio de 2014) ha contribuido al examen actualizado de las *soluciones duraderas* en el marco tanto del DIR como del DIDH, tomados conjuntamente. En lo que concierne a integración local, por ejemplo, el Proyecto de Plan de Acción, considerado para adopción en la presente Conferencia de Brasilia (de diciembre de 2014), hace un llamado a los "servicios públicos solidarios" (como la salud, educación, vivienda y empleo) y a la integración intercultural³⁰. El referido Proyecto de Plan de Acción, además, pondera (capítulo III) que las soluciones duraderas ya consagradas³¹ –a saber, la *repatriación voluntaria*, la *integración local* y el *reasentamiento*– son susceptibles de efectuarse de modo complementario, coordinado y conjunto, para lograr soluciones adecuadas, integrales y sostenibles en beneficio del conjunto de los segmentos afectados de la población³².

A su vez, la reunión subregional del Mercosur (realizada en Buenos Aires, en marzo de 2014), ha agregado a este marco conceptual un programa propuesto de *movilidad laboral*, que venga a facilitar el libre tránsito de los refugiados a terceros países, donde puedan acceder a empleo remunerado para alcanzar la autosuficiencia económica, – tal como también consignado en el mencionado Proyecto de Plan de Acción (capítulo III)³³. El Proyecto de Declaración caracteriza dicha *movilidad laboral*, para promover la integración de refugiados en terceros países, como un "mecanismo regional de solidaridad" (párr. 52). Además, la misma reunión subregional del Mercosur ha sostenido los altos estándares de protección consagrados

en los desarrollos de “la jurisprudencia y la doctrina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), y el carácter de *jus cogens* del principio de *non-refoulement*, tal como consignado en el Proyecto de Declaración de Brasil (párr. 12).

El documento final de las Consultas del ACNUR de 2014 expresa el compromiso de erradicación de la apatridia dentro de la próxima década³⁴. Subraya la necesidad continuada de la otorga de las *visas humanitarias*³⁵, entre otras medidas, en un espíritu de solidaridad³⁶. Enfatiza la necesidad de fiel observancia de las garantías del debido proceso legal³⁷ y del principio básico de no-discriminación³⁸. Y, en fin, reconoce la necesidad de *evaluación y seguimiento* de la labor realizada³⁹. El referido documento final se encuentra orientado, como no podría dejar de ser, hacia las personas a ser protegidas, consideradas como verdaderos *sujetos* de derecho y de protección internacional⁴⁰.

En todo el proceso de este ejercicio humanitario de tres décadas de Consultas del género, el derecho de la persona humana de acceso *lato sensu* a la justicia, en los planos nacional e internacional, significativamente ha marcado presencia. Hemos alcanzado, juntos, el compromiso, de toda nuestra región, de erradicar la apatridia, y de fortalecer la protección de los que padecen en situaciones de la más completa vulnerabilidad (inclusive las víctimas de actores no-estatales, y de grupos criminales), en todas y cualesquiera circunstancias. Esto se halla en plena conformidad con el carácter pionero de las valiosas contribuciones de los países y pueblos de nuestra región al desarrollo progresivo del derecho internacional contemporáneo.

To have disclosed this wider normative and conceptual universe constitutes, in my understanding, one of the achievements of the process of Consultations of the UNHCR of 2014, culminating today in this Conference of Brasilia that congregates all of us around the Draft Declaration and Plan of Action of Brazil. Throughout this whole process of Consultations, we have searched for, and found, new responses to the new humanitarian challenges, to the new needs of protection of human beings. The holding of the present Interministerial Conference of Brasília constitutes a most significant historical moment, wherein, for the first time ever, in the three decades of Consultations of the kind of the UNHCR, Latin America and the Caribbean

congregate here to face, *jointly*, the new humanitarian challenges of our times, by means of the adoption of its final document.

O atual processo de Consultas de 2014 tem contado com o mais alto grau de participação pública nas três últimas décadas, tanto dos representantes governamentais como dos representantes da sociedade civil. Estas três décadas das Consultas do ACNUR são um exemplo único em todo o mundo. Não há outra região do mundo que tenha procedido do mesmo modo; é este um patrimônio jurídico dos países e povos de nossa região. No tocante às Consultas deste ano de 2014, é gratificante que possamos sentir, todos, responsáveis pelo Projeto de Declaração e Plano de Ação de Brasília, cuja aplicação se reverterá em benefício de tantas personas em situações de vulnerabilidade, em busca de proteção. É importante que, a partir de agora, nos mantenhamos atentos a sua efetiva aplicação. Dificilmente poderia haver algo mais gratificante do que o sentimento do empenho na *construção* do direito das gentes (*droit des gens / jus gentium*) contemporâneo: tem este sido verdadeiramente um exercício de *construção*, para que possamos deixar às novas gerações um mundo talvez melhor do que o que encontramos.

V. OBSERVACIONES FINALES

La Declaración y el Plan de Acción de Brasil vinieron a ser adoptados, por consenso y aclamación, en la última sesión plenaria de la Conferencia Interministerial del ACNUR, en Brasília, el 03 de diciembre de 2014. En comparación con Cartagena/1984, San José/1994 y México/2004, Brasilia/2014 fue la Conferencia que logró el más alto grado de participación pública, abarcando, por primera vez, *todos* los países de la región, tanto los de América Latina como también del Caribe. Es cierto que la temática ha despertado interés en otras latitudes (en relación, v.g., con los problemas de los flujos migratorios forzados⁴¹, de la trata de personas y del tráfico ilícito de migrantes⁴², de la falta de acceso a la justicia⁴³, entre otros), pero la movilización de *toda* nuestra región alrededor de la temática general es única, asumiendo posición de vanguardia en todo el mundo, tal como me permití señalar en mis intervenciones⁴⁴ en el proceso de Consultas del ACNUR de 2014.

En dichas Consultas de 2014 (cf. *supra*), que culminaron con la adopción en Brasilia, el 03 de diciembre de 2014, de la Declaración

y el Plan de Acción de Brasil, participaron, a la par de los gobiernos de todos los países de nuestra región, también numerosas entidades de la sociedad civil de la misma región, como no podría dejar de ser, tratándose de una temática de carácter humanitario. En sus intervenciones en la Conferencia Interministerial de Brasilia, los representantes de dichas entidades defendieron una interpretación progresiva de los instrumentos internacionales pertinentes, y la armonización con ellos de las legislaciones nacionales. En relación con las nuevas causas de desplazamiento forzado, enfatizaron la necesidad de asegurar el respeto de los derechos humanos en las políticas migratorias, y de transformar el enfoque de seguridad nacional hacia un enfoque de seguridad humana.

Los representantes de las entidades de la sociedad civil también se refirieron a la contribución de los Estados caribeños al traer a colación la necesidad de asegurar protección en la alta mar, y, en seguida, destacaron cinco otros puntos, a saber: a) la necesidad de atención especial a personas en alto grado de vulnerabilidad (como los niños no acompañados), a ejemplo de las víctimas de la trata de personas; b) la importancia de los principios de no-discriminación y no-rechazo; c) la necesidad de expedición de un documento de identidad a ser reconocido a nivel regional; d) la garantía del derecho a la nacionalidad; y e) la importancia de alcanzar soluciones duraderas. En fin, dichos representantes destacaron la importancia de los mecanismos de *seguimiento y monitoreo*, a ser fortalecidos por una composición tripartita, abarcando la participación de los Estados, del ACNUR y de la sociedad civil (juntamente con la academia).

Poco antes del cierre de la Conferencia Interministerial de Brasilia, el Estado anfitrión procedió a un breve resumen del aporte de los recién-adoptados Declaración y Plan de Acción de Brasil. Después de subrayar la importancia de la incorporación a ellos de los países caribeños, – registrando la proximidad entre América Latina y el Caribe–, señaló, en el ejercicio de actualización, la inclusión del drama de los apátridas y la relevancia del derecho a la nacionalidad (que ya figuraba en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948), y el compromiso con la erradicación (además de prevención) de la apatridia en el transcurso de la próxima década. También destacó la importancia de la protección

de personas en situaciones de *vulnerabilidad* (en un espíritu de solidaridad), como los niños/niñas y adolescentes no-acompañados (rumbo al Norte).

Efectivamente, la Declaración y el Plan de Acción de Brasil (2014) han logrado, a mi juicio, un *aggiornamento* del marco de protección para la próxima década (2014-2024) de personas en situaciones de vulnerabilidad en el contexto regional actual. Es significativo su reconocimiento expreso de las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario, revelando la *unidad del Derecho*. Es, además, significativo el reconocimiento de la relevancia de la incidencia del derecho de acceso *lato sensu* a la justicia, así como del carácter de *jus cogens* del principio de *non-refoulement*.

En la evaluación de la Conferencia Interministerial de Brasilia a la que de inmediato procedimos (el ACNUR y representantes de entidades de la sociedad civil y de la academia) en la Universidad de Brasilia (UnB – Instituto de Relaciones Internacionales – IREL), en la tarde del 3 y mañana del 4 de diciembre de 2014, nos concentramos en los proyectados y necesarios mecanismos de seguimiento y monitoreo de la Declaración y Plan de Acción de Brasil. No se anticiparon dificultades en que sean preferiblemente de composición tripartita (Estados, ACNUR, y sociedad civil y academia), – al menos, de inicio, en el Cono Sur y en Centroamérica, y además en la subregión andina; en cuanto al Caribe, se podría, quizás, para la coordinación, contar con la asistencia del CARICOM.

En fin, en el mundo conturbado en que vivimos, nuestra región –América Latina y el Caribe– ha sabido, fiel a la mejor tradición de su más lúcida doctrina jusinternacionalista, salvaguardar los valores humanos y su cuidado con los que padecen en situaciones de vulnerabilidad, en un espíritu de solidaridad y en el marco de la universalidad de los derechos de la persona humana. Es un privilegio haber podido participar de este proceso de Consultas del ACNUR que culminó en la adopción de la Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014) para la próxima década, como un paso más en el largo camino de la *humanización* del Derecho Internacional.

RESUMO

Uma nova década vem de transcorrer, desde as anteriores Consultas do ACNUR de San José (1994) e do México (2004), e, ao concluir agora as Consultas de Brasília (2014), – pela primeira vez com a presença e participação de todos os países da América Latina e do Caribe –, têm-se identificado novas situações de vulnerabilidade (*e indefensión*) e novas necessidades a requerer novas respostas para assegurar a proteção internacional dos direitos da pessoa humana em distintas situações. Uma vez mais se manifestam as convergências entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário, com a pessoa humana ocupando a posição central. As atenções se concentram nos grupos vulneráveis, a abarcar, ademais dos deslocados internos e dos migrantes indocumentados (como em décadas anteriores), também os que padecem de pobreza crônica e as vítimas do tráfico de pessoas. O exercício humanitário não é estatocêntrico, mas antes concentrado na pessoa humana, para assegurar o primado do Direito nos planos tanto nacional como internacional, no âmbito de um novo *jus gentium* humanizado.

SUMMARY

A new decade has passed, since the earlier Consultations of the UNHCR of San José (1994) and of Mexico (2004), and, in concluding now the Consultations of Brasília (2014), – for the first time with the presence and participation of all countries of Latin America as well as the Caribbean –, new situations of vulnerability (and defencelessness) and new needs requiring new responses to secure the international protection of the rights of the human person in distinct situations have been identified. Once again the convergences between the International Law of Human Rights, the International Law of Refugees and International Humanitarian

Law are manifested, with the human person occupying the central position. Attentions are centred on the vulnerable groups, comprising, besides the internally displaced persons and the undocumented migrants (like in previous decades), also those suffering in chronic poverty and the victims of traffic of persons. The humanitarian exercise is not State-centric, but is rather centred on the human person, so as to secure the primacy of Law at both national and international levels, in the framework of a new, humanized *jus gentium*.

RÉSUMÉ

Une nouvelle décennie s'est écoulée depuis les dernières Consultations de l'HCNUR à San José (1994) et au Mexique (2004), et, maintenant avec la finalisation des Consultations de Brasília en 2014, – pour la première fois avec la présence et la participation de tous les pays d'Amérique Latine et des Caraïbes, – de nouvelles situations de vulnérabilité (et d'une absence de défense) et de nouveaux besoins exigeant de nouvelles réponses pour garantir la protection internationale des droits de la personne humaine dans des situations variées, ont été identifiés. Une fois encore, les convergences entre le Droit International des Droits de l'Homme, le Droit International des Réfugiés et le Droit International Humanitaire se manifestent, avec la personne humaine occupant la position centrale. L'attention est focalisée sur les groupes vulnérables, incluant, outre les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays et les migrants sans papiers (tel qu'au cours des décennies passées), aussi ceux souffrant de pauvreté chronique ainsi que les victimes de trafic de personnes. L'exercice humanitaire ne relève pas d'une logique d'Etat, mais est davantage centré sur la personne humaine, afin d'assurer la prééminence du Droit aux niveaux national et international, dans le cadre d'un nouveau *jus gentium* humanisé.

NOTAS

1. Para un estudio, cf. A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones y Convergencias Revisitadas: Diez Años de Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/199 y México/2004)", in *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, San José de Costa Rica/México, ACNUR, 2005, pp. 139-191.
2. Para un estudio, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª. ed., Belo Horizonte, Brasil del Rey, Del Rey, 2015, pp. 3-789; A. A. Cançado Trindade, *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*, México, Edit. Porrúa, 2014, pp. 1-324; A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185.
(¹) Discurso proferido por el Autor, en la ONU/ACNUR, Ginebra, en la Reunión del GRULAC, el 03 de noviembre de 2014.
(²) Discurso proferido por el Autor, en la ONU/ACNUR, Ginebra, en la Reunión del GRULAC, el 14 de noviembre de 2014.
3. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens – L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 7-9, 17, 26-30, 57-61, 81-99, 116-117 y 145-149, y cf. pp. 3-184; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 1ª. ed., Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409 (agotado); A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185.
4. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario – Aproximaciones y Convergencias*, 1ª. ed., Ginebra, CICV, [2000], pp. 1-66 (agotado).
5. Cf. A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, cap. X, pp. 179-191; A.A. Cançado Trindade, "Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte", 70 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2010), pp. 629-699.
6. Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*, Fortaleza, IBDH/IIDH/SLADI, 2014, pp. 13-363.
7. Cf. A.R. Chapman and B. Carbonetti, "Human Rights Protection for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contribution of the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights", 33 *Human Rights Quarterly* (2001), pp. 682-732.
8. Para un estudio reciente, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Principio Básico de Igualdad y No-Discriminación: Construcción Jurisprudencial*, 1ª. ed., Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2013, pp. 39-748.
9. Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, "Le déracinement et la protection des migrants dans le Droit international des droits de l'homme", 19 *Revue trimestrielle des droits de l'homme – Bruxelles* (2008) n. 74, pp. 289-328; L. Ortiz Ahlf, *Derechos Humanos de los Indocumentados*, México D.F., ELD/Tirant lo Blanch, 2013, pp. 11-136.
10. Conferencias Mundiales sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Rio de Janeiro, 1992; sobre Derechos Humanos, Viena, 1993; sobre Población y Desarrollo, Cairo, 1994; sobre Desarrollo Social, Copenhagen, 1995; sobre Derechos de la Mujer, Beijing, 1995; sobre Asentamientos Humanos – Habitat-II, Istanbul, 1996; y Conferencia Mundial contra el Racismo, Durban/África del Sur, 2001.
11. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª. ed., Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, caps. III-VII, pp. 165-338; y cf. A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", in *Japan and International Law – Past, Present and Future* (Symposium of the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309.

12. A.A. Cançado Trindade, "Nouvelles réflexions sur l'interdépendence ou l'indivisibilité de tous les droits de l'homme, une décennie après la Conférence Mondiale de Vienne", in *El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores – Liber Amicorum J. A. Pastor Ridruejo* (eds. L. Caflisch *et alii*), Madrid, Universidad Complutense, 2005, pp. 59-73.
13. Para un estudio reciente, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, 2ª. ed., Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2012, pp. 79-574.
(¹) Discurso proferido por el Autor, en la primera sesión plenaria de la Conferencia Interministerial del ACNUR, Brasilia, el 02 de diciembre de 2014.
14. Párr. 5 del actual Proyecto de Declaración de Brasil.
15. ACNUR, *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados – Memoria del Coloquio Internacional* (San José de Costa Rica, 05-07.12.1994), San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 1995, pp. 14-15.
16. Párrs. 5, 9, 18, 230, 40-41 y 44-45.
17. A.A. Cançado Trindade, "Discurso de Clausura" (San José, 07.12.1994), in *ibid.*, pp. 431-432.
18. A.A. Cançado Trindade, "Le déracinement et la protection des migrants dans le Droit international des droits de l'homme", 19 *Revue trimestrielle des droits de l'homme – Bruxelles* (2008) n. 74, pp. 289-328.
19. A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones y Convergencias Revisitadas: Diez Años de Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)", in *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, San José de Costa Rica/México, ACNUR, 2005, pp. 147-148.
20. ACNUR, doc. HCR/GIP/02/01, de 07.05.2002, pp. 1-13.
21. ACNUR, doc. HCR/GIP/02/02, de 07.05.2002, pp. 1-6.
22. ACNUR, doc. HCR/GIP/06/07, de 07.04.2006, pp. 1-17.
23. Cf. *ibid.*, pp. 4-5, paras. 8 y 12.
24. ACNUR/División de Protección Internacional, *Nota de Orientación sobre las Solicitudes de la Condición de Refugiado Relacionadas con las Víctimas de Pandillas Organizadas*, Ginebra, marzo de 2010, pp. 1-25.
25. Sobre dicha *unidad del Derecho* en la labor de los tribunales internacionales contemporáneos, cf., recientemente, A.A. Cançado Trindade, "A Contribuição dos Tribunais Internacionais à Evolução do Direito Internacional Contemporâneo", in: *O Direito Internacional e o Primado da Justiça*" (eds. A.A. Cançado Trindade e A.C. Alves Pereira), Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2014, pp. 70-74; cf. también A.A. Cançado Trindade, – "Vers un droit international universel: la première réunion des trois Cours régionales des droits de l'homme", in XXXVI *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – 2009*, Washington D. C., Secretaría General de la OEA, 2010, pp. 103-125.
26. Sobre tal interacción, cf., recientemente, A.A. Cançado Trindade, "A Century of International Justice and Prospects for the Future", in: A.A. Cançado Trindade e D. Spielmann, *A Century of International Justice / Rétrospective d'un siècle de justice internationale et perspectives d'avenir*, Oisterwijk, Wolf Publs., 2013, pp. 24-25.
27. Proyecto de Plan de Acción, párr. 23.
28. También el actual Proyecto de Declaración aborda las *soluciones duraderas*, desde la perspectiva de las lecciones aprendidas en la implementación de los componentes de "ciudades solidarias", "fronteras solidarias" y "reasentamiento solidario", del Plan de Acción de México de 2004 (párrs. 22-25).
29. Cf. también, en el mismo sentido, el párr. 49 del Proyecto de Declaración.
30. También consignado en el actual Proyecto de Declaración de 2014 (párr. 52).
31. Declaración, párrs. 29-30 y 53; y Plan de Acción, párr. 12, y cap. VI, párrs. 39-40.
32. Declaración, párr. 14; Plan de Acción, párrs. 24 y 47.
33. Plan de Acción, párr. 30.
34. Declaración, párrs. 13, 18 y 38.
35. Declaración, párrs. 42 y 48.
36. Declaración, párr. 48.
37. Declaración, párrs. 41-42. Para un estudio general de esta cuestión, cf. A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la*

personne humaine, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368.

38. Cf., v.g., [Varios Autores,] *Les migrations contraintes* (Actes du Colloque de Caen, 2012 – ed. C.-A. Chassin), Paris, Pédone, 2014, pp. 5-186; [Varios Autores,] *La protection internationale et européenne des réfugiés* (ed. A.-M. Tournepiche), Paris, Pédone, 2014, pp. 5-176; [Varios Autores,] *La société internationale face aux défis migratoires* (eds. H. Gherari y R. Mehdi), Paris, Pédone, 2012, pp. 7-217; M. Dubuy, “À propos de l’émergence d’un nouvel ordre migratoire mondial – Aspects récents”, in *L’État dans la mondialisation* (Colloque de Nancy), Paris, Pédone, 2013, pp. 345-370; M.-F. Valette, “La vulnérabilité de l’enfant au gré des migrations”, 23 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* (2012) n. 89, pp. 103-123; [Varios Autores,] *Migrations de populations et droits de l’homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2011, pp. 13-260; C. Pérez González, *Migraciones Irregulares y Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 21-207; S. Castles y M.J. Miller, *The Age of Migration – International Population Movements in the Modern World*, N.Y., Guilford Press, 1993, pp. 1-275; F.F. Höpfner, *L’évolution de la notion de réfugié*, Paris, Pédone, 2014, pp. 265-454; V. Longhi, *The Immigrant War – A Global Movement against Discrimination and Exploitation*, Bologna, SEPS, 2014, pp. 1-122.
39. Cf., v.g., K. Plouffe-Malette, *Protection des victimes de traite des êtres humains – Approches internationales et européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1-184; A.G.

Chueca Sancho, “Protección Internacional frente a la Trata de Personas”, in *Un Mundo sin Desarraigo: El Derecho Internacional de las Migraciones* (ed. F.M. Mariño Menéndez), Madrid, Catarata, 2006, pp. 132-197; [Varios Autores,] *From Human Trafficking to Human Rights – Reframing Contemporary Slavery* (eds. A. Brysk y A. Choi-Fitzpatrick), Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2012, pp. 1-216; y cf., en general, J. Pierrat, *Mafias, gangs et cartels – La criminalité internationale en France*, [Paris,] Éd. Denoël, 2008, pp. 7-456; L. Corte Ibáñez y A. Giménez-Salinas Framis, *Crimen Organizado – Evolución y Claves de la Delincuencia Organizada*, Barcelona, Ariel, 2010, pp. 17-428; N. Kranrattanasuit, *ASEAN and Human Trafficking – Case Studies of Cambodia, Thailand and Vietnam*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 1-214.

40. Cf., v.g., J. McBride, *Access to Justice for Migrants and Asylum Seekers in Europe*, Strasbourg, Council of Europe, 2009, pp. 5-129; M. Morel, *The Right Not to Be Displaced in International Law*, Cambridge/Antwerp, Intersentia, 2014, pp. 49-310; [Varios Autores,] *The Protection of Separated or Unaccompanied Minors by National Human Rights Structures* (Coloquio de Padova, octubre de 2009), Strasbourg/Padova, Council of Europe/Universidad de Padova, 2009, pp. 5-63; Y. Ktistakis, *Protecting Migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasbourg, Council of Europe, 2013, pp. 9-119.
41. En el segundo y tercer discursos, *supra*.

TENDENCIAS DEL CONSTITUCIONALISMO EN EL SIGLO XXI: CUESTIONAMIENTOS E INNOVACIONES CONSTITUCIONALES – LA PRIORIDAD DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

.....

Antonio Colomer Viadel

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Politécnica de Valencia.

RESUMEN

Las tendencias del constitucionalismo en el siglo XXI están sometidas a innovaciones y cuestionamientos tanto por la crisis de conceptos antaño fundamentales – soberanía, ley, representación – cuanto por la valoración creciente de la democracia y los derechos y libertades, identificados con el modelo constitucional.

Otra corriente pretende centrarse en los mecanismos de control y límites al poder.

La descentralización territorial y la integración supranacional influyen en este constitucionalismo que debe abordar la pugna entre religión y laicismo, a la vez definir nuevos conceptos para sustituir a otros, ya obsoletos.

Palabras Clave

Tendencias constitucionales; eficacia del derecho; judicatura independiente; derechos fundamentales; democracia y derecho; regímenes políticos.

I. INTRODUCCIÓN

El 14 y el 15 de septiembre de 1984 se reunía en Túnez la Asamblea de fundadores de la Academia Internacional de Derecho Constitucional. En aquella ocasión, y a semejanza de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, constitucionalistas de todo el mundo nos propusimos crear esta Academia como un lugar de encuentro e intercambio de ideas en donde participaban académicos europeos, africanos, asiáticos y americanos.

El ambiente fue cordial aunque a la hora de elaborar la Proclama fundacional algunas tensiones se manifestaron entre ciertos representantes anglosajones -que pretendían identificar el modelo constitucional con la economía de mercado y la estructura social y política propia de los países occidentales-, y el único académico procedente de la URSS.

En la Asamblea participaba el profesor Boris Topornin, Director del Instituto del Estado y el Derecho Constitucional de la Academia de Ciencias de la URSS, que reivindicaba la identidad constitucional del Estado socialista.

En consecuencia hubo que llegar a un consenso que mantuviera integrados a todos los participantes fundadores y de ahí que bajo el título de la Academia quedara grabado un lema bien significativo: “La seule doctrine de l’Académie est d’être ouverte a toutes les doctrines”.

En el texto de la Proclama o declaración fundacional se señala que los miembros fundadores de la Academia constatan la tendencia marcada por todos los países a distinguir en el conjunto de las reglas jurídicas aplicables un cierto número de disposiciones que se imponen a todas las autoridades constituidas, incluidas las legislativas. Así se desprende un tipo de reglas llamadas a una particular estabilidad.

Las manifestaciones de esa tendencia general –continúa la Proclama- revisten formas diversas en los diferentes países, según contextos ideológicos, históricos y culturales variables, pero implican también problemas comunes.

En el párrafo siguiente se añade: “La interdependencia creciente de las naciones, y

la necesidad de un mejor conocimiento común recomienda que estudiantes, investigadores y actores de diferentes países puedan conocer mejor las realidades contemporáneas en este dominio y reflexionar sobre su sentido, así como sobre sus posibilidades de evolución”.

Este texto permitía integrar, ciertamente, a modelos constitucionales muy diferentes e incluso contradictorios a partir de la formalidad de la denominación constitucional y sobre el soporte del concepto de supremacía de la Constitución. En consecuencia, pudieron ponerse en marcha los cursos de la Academia sin que se produjera ninguna renuncia en el acuerdo fundacional.

Con la perspectiva del tiempo ahora vemos que cinco años después iba a caer el muro de Berlín y que siete años más tarde, en 1991, se produciría la desintegración constitucional de la Unión Soviética.

La bipolaridad antagónica se resquebrajaba y en apariencia íbamos hacia un mundo multipolar, pero con una pretendida hegemonía geoestratégica y cultural de los Estados Unidos, en donde se proclamaba el fin de la historia al culminarse un sistema que combinaba el modelo constitucional típico de los regímenes políticos occidentales, sea en su variante presidencial o en la parlamentaria, combinado con la economía de mercado de carácter capitalista.

Ciertamente en *este comienzo del siglo XXI*, precursor de nuevas búsquedas de organización del Estado y de articulación de la vida política bajo el prisma de esa globalización que llega hasta los últimos rincones del planeta, empiezan a bullir ideas y propuestas que revisan ese carácter monolítico del final de la historia.

La ideología de los Derechos Humanos y su universalización, la generalización de la democracia y su identificación con la estructura constitucional, van a ser las coordenadas fundamentales de esta evolución.

La propia doctrina de Naciones Unidas va a sufrir una mutación radical y el principio de no intervención en los asuntos internos salta por los aires bajo el pretexto de protección de los Derechos Humanos incluso contra la voluntad de los Estados en relación con sus propios ciudadanos.

“El destino manifiesto” de la potencia hegemónica del norte para exportar este modelo constitucional democrático tradicional,

íntimamente vinculado al modelo económico de economía de mercado capitalista, se va a exacerbar cuando esa intervención planetaria, para imponer el modelo único, se convierte también en una función de policía universal que se expresa, entre otros actos, en el nuevo concepto estratégico de la OTAN, aprobado el 24 de abril de 1999 en Washington, según el cual esta organización que respondía a un Tratado defensivo y delimitado geográficamente al espacio del Atlántico norte, descubre nuevos riesgos para la paz y estabilidad euroatlántica en conflictos étnicos, políticas de opresión, marasmo económico, colapso de orden político, en zonas periféricas a su espacio territorial. En suma, se descubre en ese nuevo concepto estratégico un enfoque global de seguridad por el que le afectan todos los peligros de actos de terrorismo, sabotaje, o delincuencia organizada. Y para ello las fuerzas de la Alianza que pueden verse obligadas a operar fuera de las fronteras de la OTAN, deben disponer de medios aptos para apoyar operaciones prolongadas¹.

El atentado terrorista a las torres gemelas de Nueva York, en el 2001, va a llevar hasta el paroxismo esta función de policía universal y a poner la seguridad nacional por encima de las garantías de los derechos fundamentales, aplicando una especie de “estado de peligrosidad” sobre países y regiones enteras sospechosas de ser nichos que alberguen a los agentes de ese nuevo terrorismo internacional. Un ejemplo paradigmático de esta evolución ha sido la presencia, desde hace ya algunos años, de la OTAN, en Afganistán, aunque sea bajo una tenue cobertura de la ONU. Todo este proceso va a estar traspasado de consecuencias constitucionales y también de búsqueda de caminos constitucionales de evolución y salida.

En el caso de los Derechos Humanos y sus garantías, junto a los derechos individuales de libertad clásicos se suman los derechos sociales y laborales y las obligadas prestaciones de los Estados para hacerlos efectivos. Además, se suman los llamados derechos de tercera generación sobre la paz, el desarrollo y el medioambiente. Este último ha convertido a la bandera ecologista en una de las más universalizadas ante el temor de daño al planeta, por todos los abusos que los comportamientos económicos y sociales incontrolados están provocando.

El derecho al desarrollo es la expresión de la lucha por cerrar esa brecha de desequilibrios entre el norte y el sur, entre el desarrollo avanzado y el subdesarrollo excluido y marginal².

La paz sigue siendo reivindicación compartida por culturas y civilizaciones, por pueblos y sociedades, en medio de una violencia tan amplia y extendida, no sólo por los conflictos bélicos sino por la desintegración social en donde organizaciones criminales y mafiosas ocupan el vacío que Estados fallidos o incompetentes no cubren para garantizar la seguridad jurídica y la paz social de sus ciudadanos³.

En medio de esta situación el concepto de soberanía nacional se debilita ante el poder de las organizaciones internacionales, económicas y comerciales, y de las alianzas militares y los acuerdos regionales. A veces podría pensarse que, por una parte, no hay reglas internacionales efectivas para regular las relaciones entre los Estados o los comportamientos ilícitos de mayor gravedad, mediante normas de Derecho Penal universal, y por otra, que la soberanía nacional aún sería un valladar contra intromisiones inadmisibles de grandes potencias y organizaciones en pequeñas sociedades nacionales.

Hay un clamor universal por una democracia que no sea meramente formal y limitada al derecho de sufragio, sino mediante una participación más intensa y cotidiana de los ciudadanos, así como por frenar la lejanía del poder mediante una desconcentración del mismo que vuelva a fortalecer municipios y regiones, sin desconocer el riesgo de los caciquismos locales.

Este panorama, ciertamente complejo y un tanto confuso, hizo saltar por los aires el mito del fin de la historia cuando también factores religiosos y distintos fanatismos pretenden regir la organización política de las sociedades y los Estados y deja abierta la reflexión, a los inicios del siglo XXI, sobre qué respuestas constitucionales pueden darse ante tantas angustias y demandas de los pueblos y sobre si el constitucionalismo realmente está capacitado para encontrar estas soluciones más allá de establecer unas reglas del juego claras y precisas que sean aceptadas por todos y nos den la seguridad de que no habrá trampas ni expolios en el seno de la comunidad política.

II. CUESTIONES E INNOVACIONES CONSTITUCIONALES

Existen, sin lugar a dudas, unas condiciones mínimas institucionales y de principios para poder afirmar que nos encontramos ante un fenómeno constitucional. En primer lugar, el principio de supremacía de la Constitución sobre el que se basa el principio de legalidad y que tiene consecuencias fundamentales sobre la legitimidad política y para justificar la desobediencia civil, la resistencia a la opresión e incluso la revolución. En segundo lugar, los cauces para acceso a las magistraturas y órganos de poder que deben estar regulados en la Constitución. En tercer lugar, los mecanismos de responsabilidad de las autoridades como consecuencia de su sometimiento a la Ley fundamental. En cuarto lugar, los derechos y libertades de los ciudadanos y las garantías de los mismos. En quinto lugar, las instituciones de solución de conflictos: es decir, la regulación del proceso jurisdiccional para resolver los litigios. En sexto lugar, los procedimientos de reforma y defensa constitucional que condicionen a los órganos constituidos. Y por último, la fuerza de exigencia y aplicación de las propias normas constitucionales, ya que de no ser así, serían meras declaraciones programáticas⁴.

Algún otro autor no considera suficiente afirmar que el constitucionalismo se articula en torno a cinco pilares (la Constitución escrita, el poder constituyente, la declaración de derechos, la separación de poderes y el control jurisdiccional de la constitucionalidad), ya que le parece necesario añadir que el constitucionalismo implica un planteamiento metodológico siempre dirigido a reforzar el límite del poder para evitar las arbitrariedades⁵.

Sin lugar a dudas esta limitación del poder por el derecho es importante, pero en sí misma no sería más que un aparato de ingeniería jurídica si no tuviéramos en cuenta el sentido finalista del ejercicio del poder y los valores que se buscan proteger y potenciar en la comunidad. La interpretación axiológica del constitucionalismo ha dado también lugar a polémicas y el propio autor citado apunta en su artículo los riesgos de la interpretación axiológica de la Constitución.

Parece, sin embargo, indiscutible que el concepto de dignidad de la persona es sobre el que va a bascular la articulación de los derechos fundamentales y las obligaciones de los poderes públicos para que ellos sean fundamentos del orden político y de la paz social (Véase el artículo 10 de la Constitución Española de 1978).

Ahora bien, no se trata sólo de aquellos derechos individuales de libertad como valladares a la intromisión del Estado en la vida de las personas sino la proyección solidaria del constitucionalismo que implica combinar las autonomías personales con la formas de crecimiento y desarrollo compartido que busquen la integración de la comunidad y el equilibrio entre sus elementos, a partir de la libertad y la igualdad de los mismos.

Todo ello está también vinculado a la importancia del concepto de soberanía popular y su proyección en las constituciones que necesariamente han de ser democráticas, pero también necesariamente han de ser solidarias, como escribí hace algún tiempo.

A) Democracia

Constitucionalismo y democracia son inseparables, a partir de la construcción del concepto de soberanía popular, según el cual el pueblo es el soberano y de él emanan los poderes del Estado, y, en especial, ese poder constituyente como poder extraordinario para constituirse del modo que mejor le convenga. De esta idea surge también el principio de solidaridad originaria por el que un fin primario es mantener la cohesión social y la integridad de la nación. Vinculado a lo dicho se encuentra el concepto de equilibrio que se ha manejado como concepto central para las relaciones entre los órganos y poderes del Estado, pero que resulta imprescindible, traspasado por los valores de igualdad y libertad, en las relaciones interpersonales e interciudadanas de los miembros de una comunidad. ¿Cómo pueden ser titulares de soberanía por igual ciudadanos en situaciones de radical desigualdad y hasta excluidos y discriminados algunos de ellos? Lo que debemos preguntarnos es si estos conceptos no pasan de ser un mito político, y, por tanto, una ficción jurídica o, a pesar de todas las dificultades, es un orden por construir vertebrado por los valores de justicia, solidaridad, libertad e igualdad⁶.

En este sentido, la solidaridad es fundamento de la constitucionalidad y no un simple principio reconocido. En consecuencia, en el Estado social y democrático de derecho hay que exigir la posibilidad de una equidad de oportunidades, que implica no sólo una igualdad ante la ley y un igual punto de partida legal sino una acción intensa de fomento del reequilibrio social ante situaciones de partida desiguales. Al lado de la democracia política debe construirse la democracia económica.

Estas primeras consideraciones nos llevan a revisar algunos de los conceptos que nos parecen indiscutibles como el de la democracia vinculada al Estado constitucional. Es evidente que la democracia no puede limitarse al simple derecho de sufragio por más que este sea fundamental siempre que se de en situaciones de información veraz a la opinión pública, transparencia publicitaria y pluralismo de opciones políticas. Ahora bien, los ciudadanos quieren intervenir con más frecuencia en las decisiones políticas que afectan a su vida cotidiana y a los asuntos que verdaderamente le preocupan. De ahí la necesidad de combinar la democracia representativa con formas de democracia participativa que revaloricen mecanismos de democracia directa como el referéndum, la iniciativa legislativa popular, la revocación de mandatos, etc. y también los procedimientos de diálogo y comunicación entre las sociedad civil y sus organizaciones y las administraciones públicas con la posibilidad de sorteos aleatorios entre los ciudadanos para estar presentes con mecanismos de control y observación en las diferentes entidades de poder y administración⁷.

En contrapunto a esta demanda generalizada es cierto también que asistimos a los fenómenos de personalización del poder convirtiendo los liderazgos políticos en verdaderos caudillismos reforzados por el hipnotismo televisivo, como plataforma hegemónica de los dirigentes de los partidos políticos más poderosos.

Hace cerca de cuarenta años, al inicio de 1978 y escribiendo sobre el proyecto de la Constitución española que ese año se iba a aprobar, me lamentaba de que los constituyentes no hubieran esgrimido la imaginación necesaria para interiorizar constitucionalmente esos nuevos protagonistas sociales y políticos que la sociedad contemporánea estaba demandando, para salir de la falta de credibilidad en las instituciones. Citaba allí al famoso navegante y

oceanógrafo Jacques Ives Cousteau que se hacía eco de una inquietud universal al decir: "Afirmar que los ciudadanos se sienten satisfechos de entregar, cada cuatro o cinco años, un mandato a un representante que no les representa más, no corresponde a nada en este mundo radicalmente transformado".

La gente quiere tener una influencia real sobre su vida de cada día y no una vez cada cuatro o cinco años. Existe tal anacronismo entre el actual sistema y la realidad que una gran cólera está creciendo en el mundo. Los ciudadanos del mundo entero han dejado de creer en los sistemas políticos, se burlan y desconfían de sus dirigentes.

Precisamente treinta años después volví a recoger esta cita en un libro colectivo sobre "Regenerar la política". En el capítulo introductorio titulado "Algunas reflexiones sobre la regeneración democrática y la conciencia ciudadana" exponía algunas medidas jurídico-políticas transformadoras. La primera es la de tender a la no reelección de los cargos representativos, para permitir una mayor rotación en estos y también el recurso al sorteo aleatorio entre ciudadanos para el ejercicio de ciertas responsabilidades públicas. La segunda es la descentralizar el poder y aplicar el principio de subsidiariedad, de tal forma que todo lo que se pueda hacer en las instancias más inmediatas a la ciudadanía no debe hacerse en un escalón superior. En este sentido señalaba hacia un municipalismo renovado de carácter integrador y de cooperación solidaria y no de localismos egoístas y aislados.

La tercera medida era la reivindicación de las instituciones de democracia directa y semidirecta y recurrir a ellas con más frecuencia y normalidad, para que el pueblo soberano pueda decir la última palabra en cuestiones de especial trascendencia. El ejemplo suizo es paradigmático.

En cuarto lugar reivindicaba el antiguo concepto del "poder negativo" o poder de impedir o controlar, cuyo origen está en la República romana y ejercido por el Tribuno de la Plebe. Ahora la institución del Defensor del pueblo, soporte de los ciudadanos frente a los abusos o negligencia de las administraciones, sería su mejor instrumento y extendido hasta los ámbitos locales. La elección popular de los mismos, la posibilidad de que puedan presentar recursos de inconstitucionalidad y también, con

ciertas condiciones y garantías, promover la convocatoria de referéndum popular, reforzaría su papel de freno de los abusos del poder.

La quinta medida propuesta es el giro hacia una teoría de la administración pública cooperativa que debe interiorizar prácticas de cooperación entre administradores y administrados, para que los ciudadanos con carácter rotatorio y temporal, a través de sus asociaciones o individualmente, por sorteo, estén presentes en los distintos órganos de la administración, puedan exponer sus sugerencias e iniciativas y también contemplar los problemas y dificultades de la gestión pública.

En sexto y último lugar, se propugna la existencia de jueces confiables que apliquen la Ley con equidad y respondan a esa triple I: Independencia, Imparcialidad e Integridad, que es necesaria y beneficiosa en un orden de justicia. También hay que potenciar y desarrollar la mediación, sea judicial o no, que busque resolver los conflictos propiciando una comunicación y entendimiento entre las partes, en donde todas ellas salgan beneficiadas y también todas hagan algunas renuncias o concesiones, sin caer en el resentimiento de la derrota o en el triunfalismo de la victoria⁸.

Desde un punto de vista constitucional asistimos en los últimos tiempos a la constitucionalización de los partidos políticos que se convierten en instrumentos fundamentales para la participación política y en el plano parlamentario, a través de la disciplina de los grupos parlamentarios, se ha reinventado un camuflado mandato imperativo de la obediencia debida que recuerda más a las excusas para cometer atrocidades de los regímenes totalitarios que a la conciencia de servicio a la nación de una democracia representativa, en la que, paradójicamente, sus textos constitucionales prohíben ese mandato imperativo, vestigio del Antiguo Régimen. Por ello se ha llegado a decir que vivimos un verdadero Estado democrático de partidos que tiende a monopolizar la manifestación de la voluntad popular y de la participación política dejando a los ciudadanos y sus organizaciones sociales prácticamente excluidos de esa formación de la voluntad popular⁹.

La situación de los partidos políticos y su engarce constitucional es muy heterogénea en el mundo. Existen países en donde la estructura de partidos es muy débil y ello impide tener

interlocutores válidos en la vida política, a veces sustituidos por el peso de los clanes, tribus u otras organizaciones comunitarias. También se produce el fenómeno de los diputados individuales con el apoyo de pequeños grupos locales lo que lleva al gobierno a tener que negociar uno a uno con cada diputado y ofrecerles recompensas personales o para su grupo o territorio a cambio de obtener su apoyo parlamentario. Es el caso de Brasil y otros países latinoamericanos. En las constituciones de esta región se exige, en muchos casos, la vinculación a un partido político para poder ser candidato, lo que cierra la puerta a agrupaciones electorales de ciudadanos y a iniciativas de la sociedad civil en el campo electoral.

B) Eficacia del derecho, control de constitucionalidad y judicatura

Otro reproche que podríamos hacer a nuestros textos constitucionales es el abuso de las normas programáticas que representan vagas intenciones de mejora colectiva o de etéreas expectativas de cambios sociales, pero sin fuerza jurídica positiva y pendientes de desarrollo legislativo posterior para ser aplicables y exigibles ante los jueces y los tribunales. El derecho debe tener una voluntad irrenunciable de efectividad y en consecuencia debiera desaparecer de la vigencia jurídica aquellas normas inaplicables o dejadas en ese limbo jurídico programático. Existen mecanismos tanto de criterios de analogía como de aplicación de tratados internacionales, así como la inconstitucionalidad por omisión o el mandado de injunção, innovación imaginativa de la Constitución brasileña de 1988, aunque inaplicado por la resistencia de los jueces conservadores. Y, por descontado, las iniciativas populares para forzar esa efectividad de las normas programáticas o que los legisladores y políticos asuman la responsabilidad de borrarlas de las constituciones y las leyes constitucionales¹⁰.

En este campo es especialmente trascendente el control de constitucionalidad de las leyes y que la interpretación constitucional pueda realizarse de forma rigurosa y en ese papel básico de la jurisprudencia como garante de la Constitución y para controlar las acciones de los hombres –señala Christian Stack-, que no están al abrigo de errores, abusos y usurpaciones, sobre todo cuando están vinculados al poder. Para que esa primacía constitucional esté

asegurada por el control judicial de las leyes, la claridad y precisión del derecho constitucional es una condición previa para el necesario reparto de competencias entre el Parlamento y la Corte Constitucional que va a controlar su actividad de acuerdo con la Constitución¹¹.

En relación a este tema otra cuestión decisiva es la forma de reclutamiento de los miembros de los tribunales constitucionales, para garantizar su independencia, rigor e imparcialidad, e impedir las interferencias políticas y partidistas. Afinar estos mecanismos de elección es fundamental para una función constitucional tan decisiva como las que deben ejercer estas Cortes o Tribunales.

Ciertamente estas consideraciones podríamos extenderlas a la situación general de la judicatura. La independencia del poder judicial como premisa constitucional es aún indiscutible cuando el poder ejecutivo y el legislativo, especialmente en los sistemas parlamentarios, tienden no sólo a una colaboración de poderes sino a un verdadero sometimiento de la mayoría parlamentaria, a la cabeza del ejecutivo representada por el gobierno.

Las interferencias del ejecutivo e incluso de otros poderes sociales y económicos sobre la independencia judicial es uno de los problemas más graves para que se pueda garantizar la existencia de un verdadero Estado de derecho. En numerosos Estados constitucionales esa independencia no está asegurada y el tratamiento desigual de la judicatura a los ciudadanos, de acuerdo con juegos de intereses e influencias, es una penosa realidad. Abordar cambios radicales en la configuración del poder judicial es una exigencia inexorable de este siglo XXI.

C) Derechos, libertad y garantías

Aquella antigua alternativa entre libertades de los antiguos y libertades de los modernos que expuso a comienzos del siglo XIX Benjamín Constant, que suponía la libertad de participación presente en el mundo griego clásico frente a la libertad de resistencia o de freno a la intervención del poder estatal, para el ejercicio sin trabas de los derechos individuales como el de libertad y propiedad, que era expresión para este autor de la modernidad y giraba en torno a la libertad de pensamiento y de expresión y a la libertad económica y comercial, pareciera ahora haberse invertido y volver a los orígenes.

Nos encontramos en el tiempo de los derechos, como decíamos en la introducción, y las obligaciones constitucionales han consagrado y universalizado esa protección de los derechos humanos como derechos fundamentales. En el orden clásico jurídico un derecho subjetivo implica establecer a favor de quien se reconoce, es decir, quién es el sujeto activo titular; contra quién resulta oponible o sea el sujeto pasivo; cuál es la obligación que grava al sujeto pasivo: de omitir, de dar o de hacer, y cuál es la vía de ejecución del derecho¹².

La emergencia de los derechos sociales, laborales y económicos ha llevado implícita las obligaciones del Estado para realizar las prestaciones necesarias que hagan efectivos estos derechos. Hay una evolución desde los derechos individuales hacia derechos de grupos sociales. Al mismo tiempo la intervención creciente del Estado en el horizonte más o menos utópico del Estado de bienestar, implica un cierto riesgo para las libertades individuales, mediante mecanismos de interferencia como la expropiación forzosa o el uso social de la propiedad. En todo caso, ello nos ha llevado en el constitucionalismo contemporáneo a la aparición de una verdadera “Constitución económica”, con cierta autonomía y entidad propia en el marco de los textos constitucionales.

En este campo de los derechos un fenómeno también de estos últimos tiempos es la relevancia de los derechos de las minorías, el derecho a la diferencia y a la identidad propia junto al pluralismo jurídico y cultural enmarcado por las reglas de juego constitucionales.

Es interesante observar en las constituciones latinoamericanas de países con población indígena significativa el reconocimiento de la coexistencia entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario indígena y la ponderación por las Cortes Constitucionales de ambos derechos e incluso de algunas jurisdicciones autónomas de estas comunidades étnicas en la aplicación de sus reglas de derecho propias¹³.

La polémica entre monismo y pluralismo jurídico está abierta y viva, pero enriquece el mundo de los derechos el reconocimiento de esa pluralidad siempre que haya un respeto a los contenidos esenciales de los derechos fundamentales.

Otra cuestión es la relación entre derechos, deberes y responsabilidades. La exacerbación del

reclamo de derechos ha debilitado la conciencia de los deberes, aunque en los últimos años hay un resorte ético, a través de las formas del voluntariado y las organizaciones solidarias, que atisba un renacer de la conciencia de las responsabilidades y el fortalecimiento del principio de reciprocidad que debe tener también un reflejo constitucional.

Por último señalar la importancia del sistema de garantías que nos asegure la efectividad de los derechos y la posibilidad de reclamar en caso de violación o desconocimiento de alguno de ellos. Ya hicimos referencia a la garantía institucional del Defensor del Pueblo. También la generalización del amparo constitucional, sea ante jueces ordinarios o ante tribunales constitucionales.

La impregnación del conjunto de las disposiciones constitucionales por el sistema de derechos fundamentales hace que casi cualquier norma afecte a uno de ellos y en consecuencia tenga las garantías de reserva de Ley o de Ley orgánica, en casi todas las materias. El sistema garantista es una preocupación fundamental de la arquitectura constitucional hasta el punto de que hay países, como México, que regulan un sistema de garantías dando por supuesto implícitamente la declaración de derechos.

Las facilidades a la iniciativa ciudadana para recurrir en amparo o quejarse ante los defensores del pueblo u Ombudsman conectan al sistema de garantías con el principio de participación ciudadana en las democracias constitucionales y favorece la efectividad de estas garantías.

Evidentemente no podemos desconocer la existencia de las constituciones nominales o semánticas que se quedan, en esta materia, y también en la organización del poder, en meras proclamas retóricas que no responden a la realidad.

Parece evidente que en el constitucionalismo post industrial junto a la estructura social que favorece la universalización de la economía de mercado libre, y la estructura política que busca nuevos controles y formas de participación, la estructura cultural se traduce en el “Derecho a tener derechos”, los derechos de la tercera generación –al ambiente, al desarrollo, a la paz-, y en el resguardo de la diferencia¹⁴.

El clamor en el siglo XXI por el cambio climático y la protección medioambiental se convierte en una expectativa de los pueblos que

quisiera traducirse en derechos subjetivos. En algunas legislaciones penales se ha introducido el delito ecológico por el daño al medioambiente. Nos encontramos ante una gran expectativa colectiva de salvaguardia planetaria que también tendrá que tener un eco constitucional.

No podemos olvidar en esta materia la protección supranacional de los derechos mediante jurisdicciones y tribunales que obligan a los jueces y tribunales nacionales, al haberse suscrito por los Estados convenios internacionales de protección de los derechos. Queda así la posibilidad de una última instancia a la que se someten los Estados donde incluso sus nacionales pueden recurrir en defensa de sus derechos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, Francia, es un ejemplo notable con sentencias condenatorias de distintos Estados europeos por recursos de sus ciudadanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos puede ser potenciada y su jurisdicción, sin lugar a dudas, tendría una influencia sobre los jueces nacionales ante el temor de que sentencias inadecuadas puedan ser recurridas y desmontadas.

El reconocimiento de los tratados en el orden jurídico interno, de acuerdo con las propias constituciones y con un régimen especial de protección, es una garantía reforzada de los derechos que hay que señalar como un signo positivo del siglo XXI, por más que aún no tenga la universalidad que sería deseable.

D) Regímenes políticos: presidencialismo y parlamentarismo

Las dos formas predominantes del estatuto del poder en las constituciones actuales son el régimen presidencial y el parlamentario. El principio mítico de la división de poderes se mantiene a duras penas en el primero y ha sido desmontado en el segundo por una forma de colaboración de poderes que supone –como ya dijimos– un verdadero sometimiento de las mayorías parlamentarias a la dirección de los gobiernos que son cabeza de esas mayorías.

El modelo presidencial norteamericano mantiene aún cierto equilibrio entre la institución presidencial y el Congreso, pero las múltiples formas de reforzamiento de la presidencia por su liderazgo democrático y la jefatura de las fuerzas armadas de una potencia con una presencia internacional tan intensa, permite al presidente

operar con autonomía a través de diferentes procedimientos ejecutivos sin necesidad de una explícita autorización del legislativo. El consenso sobre el liderazgo político de la presidencia como referente nacional hace que, incluso con resistencias para aprobar algunas leyes, se respete la iniciativa presidencial en la mayoría de los casos.

El régimen presidencial en los países iberoamericanos tiene diferencias considerables con el modelo norteamericano. El papel histórico de la presidencia en aquellas repúblicas, cuando la estructura social era muy débil y tuvo que realizarse un sobreesfuerzo de integración nacional, fortaleció a esta institución hasta la aparición del fenómeno del presidencialismo, en superlativo. El predominio constitucional de los presidentes de la república tiene su reflejo en facultades presidenciales recogidas en la Constitución que, en algunos casos, llegan a la concesión de amplias delegaciones legislativas, pero también a prácticas políticas que han llevado a una tipología que establecí en cuatro modelos:

1) Presidencialismo hegemónico de excepción.

En este caso se produce una invasión absoluta de las esferas de competencias de los otros poderes por el ejecutivo, de manera temporal, o existe la posibilidad permanente de recurrir a procedimientos de excepción para atribuirse, de nuevo, competencias en numerosas materias y especialmente en las relacionadas con la libertad y la seguridad pública. Asimismo, existe una mediatización del ejecutivo presidencial en los nombramientos y la selección de miembros de los otros poderes. Los mecanismos del constitucionalismo de excepción son la herramienta para esta actuación.

2) Presidencialismo hegemónico constitucional democrático.

En esta segunda categoría la hegemonía presidencial sobre los otros poderes no se realiza por mecanismos de excepción sino mediante el uso regular de las amplias facultades del ejecutivo, previstas en la Constitución. La reiterada delegación por los otros poderes de facultades extraordinarias al Presidente. También la influencia política de la presidencia en el reclutamiento de los miembros de los otros poderes es un factor de la hegemonía de la presidencia. El origen democrático del poder, el pluralismo limitado

y la garantía relativa de libertades públicas lo distingue del anterior.

3) **Presidencialismo autónomo de equilibrio de poderes.** En este grupo la primacía presidencial es de carácter funcional debido al incremento del número e importancia de su actividad ejecutiva, propia del Estado interventor, y por el liderazgo político popular. La influencia sobre el legislativo es de carácter político fáctico, aunque se mantiene cierta apariencia de equilibrio de poderes.

4) **Presidencialismo con sujeción parlamentaria.** En esta categoría debemos incluir aquellos regímenes que han intentado una cierta parlamentarización del régimen presidencial mediante el carácter colegiado del gobierno, el nombramiento de un primer ministro, la posibilidad de interpelar y censurar a los ministros por el Congreso, el obligado refrendo ministerial a las decisiones del Presidente, la autorización parlamentaria para los viajes del Presidente o la posibilidad de un juicio parlamentario del Presidente.

Todos estos mecanismos presidenciales han operado de forma irregular y no han acabado de disminuir el predominio presidencial en estos países¹⁵.

En cuanto a los regímenes parlamentarios ya señalamos la quiebra del principio de división de poderes y el fenómeno de personalización carismática del líder de la mayoría parlamentaria que normalmente asume la cabeza del Ejecutivo. Las elecciones parlamentarias se convierten así en plebiscitos electorales, a favor de un líder o de otro, aunque posteriormente el mecanismo de investidura haga que la jefatura de gobierno tenga que ser refrendada por la mayoría parlamentaria surgida de las elecciones.

Esta inversión de la relación de los poderes hace que el gobierno se convierta en el gran protagonista de las iniciativas legislativas y que difícilmente prosperen las enmiendas de la oposición parlamentaria y que tampoco tenga expectativa de éxito las formas más radicales de control parlamentario como son las mociones de censura. Todo ello ha provocado una desnaturalización del sentido originario de la vida parlamentaria, en donde, de una parte, el Parlamento era el gran creador de la legislación y por otra, ejercía un control férreo sobre el gobierno. ¿Qué es lo que nos queda? Nos queda reforzar el papel del Parlamento como el gran

lugar de debates políticos públicos, que no es poco, si se dan en un sistema de transparencia y de publicidad y de confrontación libre de distintas opciones que tengan su reflejo, a su vez, en unos medios de comunicación de masas también libres y plurales.

La regulación reglamentaria de estos debates públicos, la presencia de las minorías en los órganos de gobierno parlamentario, la consideración de estas minorías en la elaboración de la Ley, la iniciativa para constituir comisiones de investigación, etc., puede convertir la mutación del órgano parlamentario en la hora actual en un ámbito de virtualidad democrática efectiva para ilustrar a la opinión pública y al cuerpo electoral y permitir la alternancia en el poder en las coyunturas de las elecciones futuras¹⁶.

Dado el fenómeno de mimetismo constitucional por el que los modelos de constituciones europeas y de la norteamericana han sido imitados en otras regiones de los distintos continentes no podemos desconocer que bajo una fórmula presidencial o parlamentaria se enmascaran relaciones de poder que no responden exactamente a estos mecanismos sino a la dinámica de grupos sociales de base étnica, religiosa, política, económica, militar, etc., que son los efectivos detentadores del poder, por más que luego asuman los hábitos de las magistraturas constitucionales. De ahí también la inestabilidad de estos sistemas constitucionales y regímenes políticos en donde unas camarillas sustituyen a otras de acuerdo, no con los cauces constitucionales, sino con el peso relativo de los grupos de apoyo y los intereses en juego.

E) Descentralización y estructura territorial del estado

Otro reproche arraigado ha sido el de la lejanía del poder por el excesivo centralismo, lo que dificultaba la comunicación de las administraciones con los ciudadanos, impedía una fluida comunicación de éstos con sus representantes y hacía muy lento el proceso de toma de decisiones y la aplicación de las mismas.

Hemos asistido en los últimos tiempos a un reclamo generalizado para una amplia descentralización del poder y potenciación de los gobiernos locales mediante diferentes modalidades.

Una de las vías ha sido recobrar el sentido auténtico del federalismo que había quedado en muchos casos como forma residual, por la hegemonía del poder central. Ir a una fórmula de distribución de competencias más efectiva ha sido un objetivo de las reformas constitucionales en estos Estados federales en las últimas décadas del siglo XX.

En los Estados unitarios se han planteado también procesos de regionalización, dando competencias a provincias o departamentos y recobrando la importancia del municipio, una institución con una tradición histórica de ejercicio de funciones próximas a la ciudadanía, a la vez que verdadera escuela de democracia.

Estas vías de desconcentración del poder y de descentralización territorial del Estado han adoptado distintas modalidades, pero, en todo caso, pareciera una finalidad constitucional indiscutible en la nueva organización de los Estados en el siglo XXI¹⁷.

En esta descentralización convendría tener presente las realidades culturales, étnicas y sociales vinculadas a territorios diferenciados, tan importantes en las comunidades africanas, también en países asiáticos y latinoamericanos. Un ejemplo interesante es el reconocimiento de autonomías indígenas en la Constitución de Bolivia de 2009. El problema es encontrar el punto de equilibrio entre la cohesión nacional de integración solidaria y el respeto diferencial a las identidades propias de estas autonomías. Lo que no siempre es fácil.

F) La integración supranacional

La globalización que vive el mundo en estos inicios del siglo XXI exige la presencia de protagonistas fuertes en el plano económico y cultural de este orbe mundial cada vez más hegemónico y vinculado.

La crisis y casi obsolescencia del concepto de soberanía nacional y también de otros, tal como la ley, expresión de la voluntad general, o la de la representación política y parlamentaria, se vincula también al mito del protagonismo autónomo de los Estados nacionales y el poder supremo de su soberanía, como interlocución entre iguales en las relaciones internacionales.

Por otra parte, muchos Estados ya no pueden garantizar por sí solos la seguridad jurídica y la paz social de sus ciudadanos ni prestar aquellos servicios públicos sobre salud,

enseñanza, vivienda, etc., que alcancen por igual a toda la ciudadanía. Hace tiempo escribí respecto a los países iberoamericanos que, con alguna excepción, solo alcanzarán a constituir el Estado de derecho en ellos mediante un posible proceso de integración regional supranacional.

Aunque parezca una paradoja puede combinarse y es complementaria la integración supranacional con la descentralización infranacional. Esta tendencia a constituir organizaciones de integración es cada vez más generalizada, con procesos ya con una buena andadura como el europeo, pero avances también en América, África y Asia. Este fenómeno nos exige plantearnos el derecho constitucional de la integración, en donde deben clarificarse las competencias transferidas a los organismos de integración, lo que supone limitar las competencias que retiene para sí el poder estatal y, sobre todo, fortalecer los cauces de crecimiento sinérgico y de protección reforzada a los derechos fundamentales y al apoyo mutuo social, económico, cultural, monetario. El desarrollo del derecho comunitario europeo es un buen ejemplo de limitación de las soberanías nacionales y de interiorización de estas reglas comunitarias en el orden jurídico interno de los Estados.

Algo parecido podríamos señalar y es aplicable al Mercosur y a otras organizaciones de integración regional en América Latina. Precisamente una de las claves de su éxito es tener reglas claras y precisas en el equilibrio señalado entre las competencias de integración y las estatales. También, por cierto, organismos eficientes para el funcionamiento de integración y todo ello tiene un impacto constitucional creciente que en algún momento llevará, al modo de las Constituciones federales, a la creación de Constituciones de las estructuras de integración de Estados¹⁸.

Todas estas consideraciones no nos pueden hacer olvidar que la realidad mundial es la de un mundo ancho y ajeno y también complejo y, a menudo, contradictorio. Así, por ejemplo, no podemos desconocer que aunque la existencia de Constitución en los Estados es un fenómeno universal y que se identificaba con la mayoría de edad, tras la independencia de antiguas colonias y la incorporación a las Naciones Unidas, el mimetismo constitucional llevó a una pura reproducción de modelos occidentales que no respondían a las realidades sociales de

las comunidades políticas en las que debían aplicarse tales constituciones. Ello ha dado lugar al tan frecuentemente citado fenómeno de constituciones semánticas o nominales, de acuerdo con la clásica clasificación de Loewenstein, precisamente por el carácter puramente retórico de los textos que en muy poca medida regulaban las relaciones de poder reales en tales sociedades.

G) Laicismo y religión

Otro fenómeno a considerar es el de la influencia religiosa en los textos constitucionales frente al laicismo generalizado de las constituciones occidentales. En este sentido, los países musulmanes son básicamente confesionales y reconocen el Islam como la religión del Estado y ello tiene numerosas consecuencias políticas y sociales. Hay que recordar que el derecho musulmán se basa en la Sharia que tiene cuatro elementos; la revelación divina transmitida por Mahoma en el Corán; la Sunna, reglas extraídas por la labor de los intérpretes, de las palabras y acciones del profeta; la Idjma, reglas de consenso de la doctrina jurídica musulmana; y el Qiyas, conjunto de reglas extraídas por analogía de las normas de las otras fuentes. Todo este derecho jurisprudencial tuvo su origen del siglo VII al X y ciertamente es difícil adaptarlo a la realidad actual. De ahí que en algunos casos coexista el derecho divino y el derecho político, pero con el predominio del primero. Entre los países musulmanes hay algunos donde este equilibrio es mayor, como Túnez, Egipto, Irak, Siria y otros, donde claramente prevalece el derecho musulmán sobre el político: Libia, Irán, Arabia Saudita¹⁹.

Actualmente estoy dirigiendo la tesis doctoral del jurista jordano, Diaa Abu Fannas, sobre "Los derechos fundamentales las libertades públicas y su sistema de protección en Egipto y Jordania: una reformulación crítica desde la experiencia constitucional española", en donde el autor se plantea la dificultad de la protección de esos derechos o porque no están regulados o porque son prácticamente inoperantes los mecanismos de garantía y, desde luego, los problemas de la influencia de la religión islámica en el ejercicio y protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

El mundo árabe no está constituido por una realidad homogénea. Las evoluciones políticas, constitucionales, sociales y económicas de los

distintos Estados integrados en esta realidad son muy dispares, más allá de que exista un pensamiento político panarabista instalado en parte de su ciudadanía, y más allá de la fe islámica, entendiendo ambos fenómenos como factores de cohesión y relativa homogeneidad. La Primavera Árabe, a pesar de las diferencias nacionales, respondió a un estallido causado por factores comunes. Los manifestantes, influenciados por la fuerza atractiva de los sistemas políticos instalados con firmeza en Europa y en otros lugares del mundo, exigieron un cambio político y constitucional que hiciera posible la eficaz realización política y jurídica de derechos fundamentales y libertades públicas, que pusiera fin a las arbitrariedades y corrupciones de los poderes públicos, y que instaurara unos regímenes políticos fundados en la participación ciudadana expresada con libertad y pluralismo político e ideológico. El movimiento de protesta social, como ocurre siempre en fenómenos de esta índole, también clamó por cambios económicos, que solo serían posibles mediante un gradual reconocimiento y plasmación constitucionales de derechos sociales, económicos y culturales con entidad suficiente como para plantear unas relaciones de producción y distribución de la riqueza más equitativas y eficaces. La injusticia económica derivada de unos regímenes políticos teñidos de corrupción ha impedido durante decenios el despegar económico de estos Estados, cercenando sus potencialidades de crecimiento y progreso.

Los procesos de transición de los países árabes no han culminado, están todavía en trance de finalizarse, y por tanto surgen constantes dudas, reticencias, abandonos de algunos proyectos e incertidumbres, que dibujan un panorama muy heterogéneo e inseguro.

Las reivindicaciones parcialmente similares expresadas en los movimientos de manifestación ciudadana se han traducido en unos resultados muy divergentes en los distintos países árabes. La inestabilidad se ha adueñado de Libia, de Yemen y de Siria, mientras que los cambios constitucionales y políticos han sido muy profundos en países como Egipto o Túnez. Los ideales democráticos que estaban en el fondo de estos procesos de transformación han triunfado, con un éxito notable, en este último país. Túnez ha escapado del destino de sus vecinos libios, ha conseguido aprobar un texto constitucional en muchos aspectos homologable

a los de las democracias europeas y americanas, abriendo el camino para instaurar en su praxis jurídica y política un sistema de libertades que garantice el pluralismo religioso e ideológico. La novísima Constitución Tunecina ha recogido y adaptado las influencias del Derecho europeo, en un esfuerzo por armonizar la cultura jurídica occidental con su propia tradición política y con los contenidos de la legislación islámica. La compatibilidad entre el islam y los derechos humanos está siendo un monumental logro del sistema constitucional tunecino, que, sin duda, en el futuro constituirá un modelo a seguir por todo el mundo árabe.

Egipto, después de dos procesos constituyentes distanciados unos pocos meses entre sí, sigue en una azarosa incertidumbre. El derrocamiento en el año 2011 del régimen militarista, corrupto hasta lo insoportable y escasamente comprometido en la garantía de los derechos humanos más elementales, de Hosni Mubarak condujo a un inmediato protagonismo de opciones ultrarreligiosas islámicas que habían sido perseguidas por el aparato estatal durante decenios. El sufrimiento padecido por organizaciones como los Hermanos Musulmanes, que habían soportado una represión brutal y despiadada denunciada por toda clase de instituciones internacionales, les otorgó una legitimidad social reforzada a la hora de encauzar la evolución del Estado egipcio tras el derrocamiento de la dictadura. La obra jurídica de estas organizaciones islamistas tuvo su hito normativo en la Constitución de 2012, aprobada en referéndum por el pueblo egipcio con un apoyo nada desdeñable. La instauración de una religión de Estado, la islámica, relegando otras opciones, si bien minoritarias también arraigadas en la sociedad egipcia, y la traslación de la ley islámica a todo el ordenamiento jurídico, cuestionaron el carácter plural y auténticamente democrático de este primer intento constitucional.

Las insuficiencias en el amparo y garantía de derechos y libertades presentes en el texto constitucional de 2012 fueron aprovechadas para decretar desde el ejecutivo, en un ambiente de gran turbulencia política, su suspensión. Se inicia un complejo y contradictorio proceso que culmina con la aprobación en referéndum de la actual Constitución de enero 2014, texto que toma como punto de partida el anterior de 2012, pero con intensas reformas en aspectos cruciales

para la construcción de un Estado de Derecho digno de tal nombre.

A partir de la aprobación del nuevo texto constitucional, las tensiones entre islamistas y laicistas han sido una constante, ocasionando un ambiente de inestabilidad que, de alguna forma, afecta al resto del mundo árabe, trastornado por actos bélicos en distintos escenarios. La instauración de un régimen garante de derechos y libertades solo puede lograrse, según el criterio dominante de la Comisión de Expertos que redactó el vigente articulado constitucional egipcio, mediante una erradicación del signo de islamización política y jurídica pretendida por la Constitución de 2012.

La Constitución egipcia de 2014 elimina las denominadas *cláusulas de identidad*, que ofrecían un estatus excesivamente institucionalizado e incluso privilegiado de la religión islámica. La nueva Constitución intenta recuperar el protagonismo de la sociedad civil, empleando para ello un tono que recuerda el racionalismo de los textos europeos aprobados después del triunfo de la Revolución Francesa. El texto que puede construir el futuro de la sociedad egipcia trata de implantar los principios de tolerancia y respeto institucional propios de la Ilustración, consolidando con firmeza un entramado institucional de tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas. De forma contradictoria con los valores de una sociedad plural, la Constitución refuerza el papel político de las fuerzas armadas egipcias, como valedoras del freno al islamismo radical. En este sentido, el estamento militar mantiene una competencia muy amplia para enjuiciar a civiles ante órganos de su propia justicia.

De espaldas a la realidad social egipcia, desde la Constitución de 2014 se excluye por completo de la vida política a la organización islámica de los Hermanos Musulmanes. Se articulan gravosos impedimentos para el partido de corte salafista Al-Nour, y otras instituciones islámicas como al Al-Azhar también ven recortadas sus posibilidades de actuación política dentro del nuevo marco constitucional. Los movimientos de oposición, incluso violenta, del mundo islamista está ocasionando gravísimos incidentes y tensiones, sin que el Estado de Derecho consiga todavía instaurarse con sólidas perspectivas de futuro. En esta convulsión política y constitucional, para mayor complejidad, los partidarios del defenestrado Presidente Mubarak

han alcanzado un renovado ímpetu político. Se ha derogado el artículo 232 de la Constitución de 2012, por el que se establecía un período de reflexión de diez años, durante el cual el partido de Mubarak, el Partido Nacional Democrático, no podía promover a sus líderes para cargos políticos representativos ni para el ejecutivo. La Constitución refuerza el garantismo de derechos y libertades permitiendo una amplia actuación del denominado Tribunal Constitucional Supremo, cuya composición pretende alcanzar un óptimo grado de independencia de todos sus miembros, seleccionados entre las más notables personalidades de la vida jurídica egipcia. La jurisprudencia puede facilitar con su actuación la instauración y consolidación de un Estado social de Derecho, y para conseguir dicho objetivo, deber afrontar varios retos inmediatos: conciliar el Derecho islámico con los valores y principios de un Estado de Derecho propio de nuestros días, facilitar una interpretación de la Constitución valedora de una división de poderes sin excesivas interferencias de las fuerzas armadas, y crear un ambiente jurídico que permita una amplia libertad religiosa e ideológica, en la que puedan ejercer sus derechos constitucionalmente reconocidos tanto las mayorías de religión islámica como las minorías practicantes de otros credos.

La actual Constitución egipcia permite un esfuerzo de interpretación jurídica que vaya más allá de un Islam sin contacto con las mejores tradiciones jurídicas europeas nacidas de las revoluciones británica y francesa. El islamismo jurídico es extraordinariamente plural, y en él pueden despegar con éxito el debate racional y el encuentro en puntos de consenso entre distintas escuelas islámicas. En la más avanzada tradición jurídica islámica, cabe una interpretación de textos normativos de origen sagrado que no desconozca las aportaciones del ordenamiento civil.

Jordania comparte una reciente evolución política bastante similar a la de Argelia y a la de Marruecos. Los fenómenos de protesta popular que han sacudido los países MENA han sido mucho más débiles y episódicos en el caso jordano. La monarquía jordana, como la marroquí, ha conseguido una gran estabilidad política e institucional, y ello se debe principalmente a sus facultades arbitrales y moderadoras de las distintas fuerzas tribales que influyen netamente en la constitución

de la sociedad política jordana. Esta mayor estabilidad ha permitido que, en lugar de derogar el texto constitucional jordano de 1952, se haya procedido a su reforma, con el fin de profundizar en el régimen de libertades y de perfeccionar la Monarquía parlamentaria ya existente. A diferencia de lo sucedido en Egipto con años y años de represión y corrupción ejercidas por el régimen defenestrado por la presión popular, la monarquía hachemita, incluso en los momentos de mayor descontento ciudadano, ha mantenido una alta legitimidad, lo que ha permitido afrontar un camino pausado de reforma constitucional y legal. Ante las protestas sociales, siempre mucho más tenues que las tunecinas, egipcias, sirias o libias, el régimen jordano reaccionó a tiempo con transformaciones legales y constitucionales. Una situación económica bastante saneada ha facilitado este cambio amable y sosegado. Las fuerzas armadas y de seguridad han sido, además, muy eficaces a la hora de controlar ciertos fenómenos de islamismo radical que podría resultar altamente desestabilizador.

La monarquía jordana sigue gozando de gran prestigio entre su pueblo. Está arraigada en tradiciones históricas que la sociedad jordana valora y respeta, y asienta con renovada fuerza su actual papel porque permitió en su día el nacimiento del moderno Estado jordano. Incluso antes de la aparición de movimientos de reivindicación popular, el actual monarca Abdulla II accedió a su alta responsabilidad con la premisa de reformar las instituciones jordanas, para conseguir un Estado de Derecho más eficaz a la hora de responder a las exigencias de democracia, justicia, pluralismo y libertad de sus conciudadanos. La monarquía jordana, como sucede con la marroquí, encuentra un criterio de legitimidad, algo extraño para los europeos del siglo XXI, en su carácter claramente religioso, lo que aumenta el margen de maniobra regio a la hora de proponer y fomentar reformas desde cierto paternalismo tutelador de derechos individuales y hasta sociales. El poder del Rey sigue siendo la piedra angular de todo el sistema político, pero con las modificaciones constitucionales acontecidas desde 2012, se intenta un nuevo equilibrio entre las posturas más conservadoras y las más democratizadoras, que permita profundizar en la garantía y ejecución de derechos políticos, sobre todo los que articulan una participación política ciudadana más plena. Las reformas emprendidas por y desde la institución monárquica han

servido para afianzar la estabilidad institucional del régimen.

El régimen jordano ha sobrevivido modificando levemente la división de poderes, siempre matizada por las destacadas facultades ejecutivas del monarca, quien incluso influye en la composición de las cámaras legislativas. Esta intervención de la monarquía provoca que distintas instancias internacionales sigan calificando la realidad política de Jordania como autoritaria. El monarca mantiene su protagonismo a la hora de perpetuar, con cambios tenues y a veces algo falces, una fórmula de convivencia propia de una sociedad muy atomizada, necesitada de poderosas instituciones de cohesión. La monarquía hachemita intenta que el factor religioso no sea motor de radicalismo político, que la integración social se consiga mediante un gran nivel formativo de la población, que el poder inmovilista de algunas instituciones estatales no impida el desarrollo de una avanzada economía social de mercado, y que las formas de participación ciudadana sean paulatinamente más abiertas, plurales y democráticas. La estrategia de supervivencia del régimen supone una democratización limitada, una apertura desde la desconfianza, lo que es motivo de crítica por parte de sectores opositores a esta forma de desarrollo tan cicatero del Estado de Derecho.

Con el inicio de las protestas jordanas en el año 2011, la primera reivindicación promovida por los sectores más combativos se refería a que el ejecutivo surgiera de una decisión popular alcanzada en elecciones libres y transparentes, y no de un acto de designación real. Se entiende que con esta plenitud democrática en el acceso a los más altos poderes del Estado, sería posible la instauración de un sistema de respeto y garantía de derechos y libertades. En un sentido de expansión democrática, se ha modificado la legislación electoral y de partidos, de modo que los últimos procesos electorales han mejorado la representatividad de los órganos elegidos. Sin embargo el monarca nombra a los setenta y cinco miembros del Senado, Cámara que aprueba, enmienda o rechaza los proyectos de ley remitidos por el Congreso. El rey, además, nombra al presidente de un Tribunal Constitucional compuesto por nueve jueces. Esta nueva institución puede tener gran relevancia en la defensa y amparo de un régimen de libertad, participación y pluralismo.

Pero la misma Constitución, al arbitrar tres categorías de órganos jurisdiccionales, otorga gran importancia práctica a la ley islámica, ya que los denominados tribunales religiosos de sharia resuelven según este cuerpo normativo los asuntos de estatuto personal de los ciudadanos musulmanes, mientras que los llamados tribunales eclesiásticos resuelven cuestiones de ley personal de aquellos no integrados en la fe islámica, aplicando para ello criterios religiosos de otras confesiones.

Una vez más, congeniar las profundas tradiciones jurídicas presentes en el islamismo, incluso en el más moderado, se presenta como un reto para progresar en la profundización democrática del Estado jordano y en general, del conjunto de Estados del mundo árabe. De ello también depende el progreso en la integración social, económica y política de la mujer, que en el caso de Jordania goza de unas capacidades de actuación sustancialmente mayores que las vigentes en otros Estados cercanos.

La emergencia del llamado Estado Islámico –con ínfulas de Califato–, como expresión de un islamismo radical, intransigente y extremadamente violento, puede reforzar los procesos constitucionales moderados, como contrapunto a ese modelo bárbaro que contradice la propia ética, de la confesión musulmana tradicional, y su voluntad de confluencia con las formas de un estado constitucional moderado.

Creo que ello es un buen ejemplo de las dificultades de establecer categorías universales para este derecho constitucional de futuro y la necesidad de reglas de tolerancia y reconocimiento del pluralismo jurídico, aunque sin debilitar el valor superior del ser humano.

* * * * *

Ciertamente también necesitamos un esfuerzo de imaginación para encontrar estas vías de superación y no quedarnos atados a formas arcaicas que son verdaderas ficciones jurídicas inoperantes. Un estimado constitucionalista español escribía que "...la capacidad de la norma constitucional para conformar el proceso real del poder se debilita por la presencia de nuevas realidades no previstas cuando se elaboraron los esquemas sobre cuya falsilla seguimos escribiendo las Constituciones" y cita el papel de los partidos políticos, de los grupos de presión, el impacto de los medios de comunicación masiva, la colaboración entre Estado y sociedad civil

para las políticas del Estado de bienestar, etc. Y concluye "...la consecuencia es la aparición de un cierto arcaísmo constitucional que sólo el recurso a la imaginación creadora puede salvar"²⁰.

Hace veinte años, en el prólogo a la primera edición de un libro mío que entonces tenía un título ligeramente distinto al actual, escribí: "Nos encontramos en el umbral del siglo XXI,

del tercer milenio de nuestra civilización. No podemos seguir con esta farsa rococó del miriñaque y el polisón constitucionales cuando lo que necesitamos son las escafandras de astronautas legisladores al servicio de un recobrado protagonismo del ciudadano y del hombre libre"²¹.

Este sigue siendo nuestro desafío en la segunda década del siglo XXI.

NOTAS

1. Colomer Viadel, Antonio (Coord), *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 8.
2. Colomer Viadel, A, "El Derecho fundamental al Desarrollo y su dimensión solidaria y comunitaria", en el Epílogo al libro de este autor, "Comunidades y ciudades, constituciones y solidaridades", 2da ed., edit. Ciudad Nueva, Buenos Aires, 2015, pp. 233-246.
3. Colomer Viadel, A. (Coord.), "Cultura de Paz y medidas para Garantizarlas". Ed. Nomos, Valencia, 2001.
4. Este párrafo está incluido en el capítulo introductorio titulado "Ideas sobre el origen y evolución del Constitucionalismo y su realidad contemporánea" en el libro de Colomer Viadel, Antonio *Constitución, Estado y Democracia en el siglo XXI*, UPV, Valencia, 2006, p. 37.
5. Pace, Alessandro "Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI", *Revista española de Derecho Constitucional*, Nº 2, julio-diciembre de 2004, pp. 172-173.
6. Colomer Viadel, Antonio, *Comunidades y ciudades, Constituciones y solidaridades 1ra Edición*, UPV, Valencia, 2007, pp. 29-30. Hay una 2da Edición de esta obra ya citada en notados.
7. Lizcano Fernández, Francisco. "Dos géneros básicos del sistema político y dos especies básicas de democracia" en Colomer Viadel Antonio (coord.) *Autogestión, Cooperación y Participación en las Ciencias Sociales*, Ugarit, Valencia, 2009, pp. 65-74. Véase también de Francisco Lizcano "Compatibilidad entre democracia directa y democracia representativa", en *Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal* nº 55, otoño de 2009, INAUCO-UPV, pp. 103-129. Asimismo, Colomer Viadel, Antonio (coord.) *La participación en las administraciones públicas ¿cooperación o enfrentamiento?*, UPV, Valencia, 2006.
8. Colomer Viadel Antonio (coord.) *Regenerar la política, ciudadanos, ¿sed protagonistas?*, Ugarit, Valencia, 2008, pp. 17-28.
9. Torres del Moral, Antonio, *Estado de Derecho y Democracia de partidos*, Universidad Complutense de Madrid, 1991.
10. Colomer Viadel, Antonio, "Las normas constitucionales de carácter programático y los procedimientos para conseguir su eficacia" en el libro del autor *Constitución, Estado y Democracia en el siglo XXI*, Op. cit., pp. 63-84.
11. Stack, Christian. "La Suprémacie de la Constitution", *Recueil des Cours de L'Académie Internationale de Droit Constitutionnel*, Ed. Toubkal, Casablanca, 1987, pp. 31 y ss.
12. Bidart Campos, Germán, *Constitución y Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 61.
13. Cabedo Mallol, Vicente, *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*, UPV, Valencia, 2004.
14. Frías, Pedro J. "El constitucionalismo actual", en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 19, Nº 1, p. 54, 1992. El profesor argentino cita estas estructuras señaladas por Daniel Bell.
15. Colomer Viadel, Antonio, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, 2da ed. Trillas, México, 2009, pp. 134-150.
16. "El papel y las garantías de la oposición parlamentaria en Europa", capítulo III de la cuarta parte del libro *Constitución, Estado y Democracia en el siglo XXI*, Op. cit., pp. 343-374.
17. Colomer Viadel, Antonio "Federalismo y democracia "en *Foro Nacional Hacia un Auténtico Federalismo*, Guadalajara, México, 1995, pp. 97-103. Y del mismo autor "Ciudadanía y proximidad. El protagonismo de los ciudadanos" en *Comunidades y ciudades, Constituciones y solidaridades*, Op. cit, pp. 135-144.
18. Dromi San Martino, Laura, *Derecho constitucional de la integración*, Universidad Complutense de Madrid – editorial Argentina, Madrid, 2002. Colomer Viadel, Antonio (coord), *La integración política en Europa y en América Latina*, colección PO-DER, IBEM, Valencia, 2007.
19. López Garrido, Diego; Massó Garrote, Marcos Francisco; Pegoraro, Lucio (directores), *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 87 y ss.
20. Martínez Sospedra, Manuel, *Manual de Derecho Constitucional. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 161.
21. Colomer Viadel, Antonio, *Constitución, Estado y Democracia en el umbral del siglo XXI*, Nomos, Valencia, 1995, p. 23.

A TRAJETÓRIA DA IMPLEMENTAÇÃO DE SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

.....
Bárbara Pincowska Cardoso Campos

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB;
Graduada em Direito pelo UniCEUB; Graduada em Relações Internacionais pela UnB;
Professora voluntária de Direito Internacional Público da UnB; Gerente de Projetos da Secretaria Executiva do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo apresentar a experiência brasileira relativa à implementação de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Pretende-se mostrar como foi evoluindo o tratamento dessa matéria no Brasil, com destaque aos arranjos normativos e institucionais que foram criados para viabilizar o cumprimento das sentenças pelo Estado. Algumas questões-chave são levantadas, como a natureza, o lugar das sentenças no ordenamento jurídico brasileiro, e os arranjos político-institucionais que foram construídos no decorrer dos anos para essa tarefa. São registrados não só os avanços, mas também os desafios que ainda permanecem na agenda do Estado brasileiro para completar o ambiente normativo-institucional favorável à implementação das sentenças.

Palavras Chave

Corte Interamericana de Direitos Humanos; Implementação de sentenças; Brasil.

1. INTRODUÇÃO

Em 1992, o Brasil se tornou Estado Parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Convenção”, “CADH” ou “Convenção Americana”) e desde 1998 submete-se à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte”, “Corte Interamericana”, “Tribunal”). Até a presente data, quatro sentenças condenatórias foram proferidas pela Corte em relação ao Brasil: *Ximenes Lopes*, *Escher e Outros*, *Sétimo Garibaldi*, e *Júlia Gomes Lund e Outros*. Ao Estado brasileiro cabe agora dar pleno cumprimento a essas sentenças. Esse dever está expressamente disposto na Convenção

Americana: os Estados se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que sejam Partes (art. 68).

A execução das sentenças condenatórias proferidas pela Corte, por ser uma experiência nova e recente para o governo brasileiro, impõe-lhe uma série de desafios. O tema faz parte da agenda político-jurídica brasileira antes mesmo de o Brasil ter-se tornado Parte da Convenção. Esse estudo busca resgatar esse processo, explorando a forma com que o Estado brasileiro foi se organizando para fazer frente à tarefa de implementar as sentenças da Corte, tanto sob viés normativo quanto institucional. Como se verá na sequência, nesse debate alguns entraves parecem ter sido superados. No entanto, ainda há necessidade de costurar arranjos para se construir um pano de fundo plenamente adequado ao cumprimento das sentenças. A definição de normas claras e específicas, que estabeleçam os procedimentos internos, as autoridades competentes, o envolvimento dos entes federados e suas respectivas responsabilidades, é tradicionalmente apontada como um dos caminhos que ainda falta ao Estado brasileiro percorrer. No plano jurídico, entra em cena também o entendimento dos tribunais brasileiros a respeito do cumprimento das sentenças da Corte, reflexo de uma tensão remanescente entre o Direito internacional e Direito interno. É esse caldeirão de fatores que se passa a explorar nas próximas páginas.

2. RESGATANDO O CONTEXTO NORMATIVO

Como o Estado brasileiro tem-se organizado para dar cumprimento às sentenças da Corte

Interamericana não é um debate novo. Essa discussão se intensificou, certamente, com o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte (1998) e com as primeiras sentenças condenatórias, a partir de 2006. Mas, historicamente, o Brasil tem adotado uma postura ativa em relação ao sistema interamericano de direitos humanos. Na etapa de sua construção, em especial, teve importante participação. Coube à delegação brasileira, por exemplo, apresentar a proposta de criação de uma corte regional de direitos humanos durante a IX Conferência Internacional Americana (Bogotá, 1948). Nesse mesmo sentido, o Brasil se posicionou na Conferência de San José (1969), que conduziu à adoção da Convenção Americana. Não só insistiu na proposta de criação de uma corte interamericana, como também apoiou a inclusão da cláusula facultativa do artigo 62, que trata da aceitação da competência contenciosa da Corte pelos Estados Partes (CANÇADO TRINDADE, 2003, pp. 615-616).

Essa postura proativa sofreu inflexões no período da ditadura militar brasileira (1964-1985), mas foi revertida, aos poucos, com o processo de redemocratização do país. Assim, no decorrer da década de 1980, o Brasil fez ratificações de importantes tratados de direitos humanos.¹ No plano regional, no entanto, esse processo foi mais lento. Embora a mensagem presidencial solicitando a ratificação da Convenção Americana tenha sido encaminhada ao Congresso Nacional em 1985, o Brasil veio a tornar-se Estado Parte dessa Convenção apenas em setembro de 1992, como mencionado. E o seu compromisso no cenário regional de direitos humanos só se completou, efetivamente, com o reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana, anos depois.

A incorporação desses instrumentos internacionais aconteceu também em um contexto motivado pela emergência da Constituição Federal em 1988, tida como inovadora no campo dos direitos e garantias fundamentais. Já no artigo 1º do texto constitucional, cidadania e dignidade da pessoa humana aparecem como fundamentos do Estado Democrático de Direito (incisos II e III, respectivamente). A Constituição de 1988 é ainda a primeira a indicar, como princípio norteador das relações internacionais do Brasil, a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II). Esse princípio contribuiu de

forma decisiva para a adesão do Brasil a vários instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos. Nos dizeres do então Ministro de Relações Exteriores, Celso Lafer, citado por PIOVESAN (2013): “O princípio da prevalência dos direitos humanos foi um argumento constitucional politicamente importante para obter no Congresso a tramitação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...]” (p. 158). Aliás, cabe destacar que o artigo 4º da Constituição traz um conjunto de princípios a orientar o Brasil na arena internacional que, até então, eram desconhecidos das constituições anteriores.² Todos esses princípios, lidos em conjunto, mostram uma Constituição Federal em sintonia com o campo da proteção internacional dos direitos, em que se encaixa, perfeitamente, o sistema interamericano.

No texto constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos ganharam novo espaço e maior força: o artigo 5º, parágrafo 2º prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de convenções de que o Brasil seja Parte. Esse artigo dá uma contribuição importante ao prever que direitos oriundos de instrumentos internacionais complementam os direitos internamente estabelecidos. A Constituição de 1988, assim, reforça o caráter vinculante dos tratados de direitos humanos no Estado brasileiro. Abraça, portanto, os direitos e obrigações consagrados na Convenção Americana.

Posteriormente, com a Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 08 de dezembro de 2004, incluiu-se o parágrafo 3º ao artigo 5º, determinando que os tratados de direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus membros, serão equivalentes a emendas constitucionais. Também nessa reforma constitucional (conhecida como “Reforma do Judiciário”), foram acrescentadas importantes disposições sobre direitos humanos, como a constitucionalização da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional (artigo 5º, parágrafo 4º) e a criação do incidente de deslocamento de competência para a justiça federal nos casos de grave violação dos direitos humanos (artigo 109, parágrafo 5º). Apesar de que alguns pontos dessa reforma não tenham sido bem acolhidos pela doutrina especializada, a exemplo do parágrafo 3º do artigo 5º, fato é que esses comandos constitucionais não

impõem óbices ao cumprimento de obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. Ao contrário, o texto constitucional brasileiro consagrou ampla abertura à agenda de direitos humanos.

Por fim, vale registrar ainda que, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu-se que o Brasil propugnaria pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos (artigo 7º). Como explica George Galindo (2013), a Constituição brasileira é a única que se refere à criação de uma corte mundial de direitos humanos de que se tem notícia.

Com a Constituição de 1988, formava-se uma conjuntura favorável à promoção e proteção dos direitos humanos no Brasil. No decorrer da década de 90, o país caminhava no sentido de (re) construção da democracia, à luz da nova Carta e do processo de transição política pós-ditatorial. No plano internacional, já havia aderido e ratificado os principais instrumentos de direitos humanos. E, no tocante à implementação desses instrumentos, em especial do sistema interamericano, reconhecia, no final dos anos 90, a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana em matéria contenciosa. Naquele momento, a Corte Interamericana começava a construir sua jurisprudência. Apesar de estar prevista na Convenção Americana (1969), a Corte só foi instalada 10 anos depois (1979). As primeiras sentenças de mérito, nos casos hondurenhos, só foram adotadas em 1989. Foi, então, na década de 90 que a Corte começou a efetivamente ser provocada e a consolidar sua jurisprudência.

Nesse cenário, intensificou-se, nos círculos acadêmicos e jurídicos, o debate sobre as possibilidades de execução das sentenças da Corte Interamericana no país. Essa discussão começava a movimentar não apenas a agenda acadêmica, como também a do Poder Público. A III Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em 1998 na Câmara dos Deputados, por exemplo, debateu com profundidade a participação do país no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.³

De forma geral, a discussão sobre a implementação das sentenças da Corte envolveu três questões centrais, de cunho jurídico-político, a saber: a) a natureza jurídica das sentenças proferidas pela Corte; b) a posição que as sentenças ocupam no ordenamento brasileiro; e c) os arranjos internos necessários

à implementação das medidas reparatorias dispostas nas sentenças. Como se verá na sequência, ainda há alguns obstáculos e desafios a se enfrentar, embora muito já se tenha avançado no tratamento desses temas.

Quanto à natureza jurídica das sentenças da Corte, esse capítulo, ao menos por hora, já encontrou um desfecho. Basicamente, a questão que se colocava referia-se à distinção entre sentenças internacionais e estrangeiras e, conseqüentemente, à necessidade ou não de sujeitá-las à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme prevê o artigo 105, inciso I, alínea “i” da Constituição Federal.

Esse debate, embora pareça simples, já chegou a movimentar boa parte dos círculos de operadores jurídicos. É simples porque os vocábulos “estrangeira” e “internacional” têm significados distintos, e, portanto, conseqüências jurídicas também distintas. Em linhas gerais, sentença estrangeira é aquela proveniente de uma autoridade judiciária afeta à soberania de determinado Estado, e que, para ser executada em território nacional, deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário brasileiro (no caso, pelo STJ). As sentenças da Corte Interamericana, ao contrário, não são proferidas por tribunal estrangeiro e, sim, por organização internacional. Não há que se falar, nesses casos, em aplicação do artigo 105, inciso I, alínea “i”, da Constituição Federal.

A natureza jurídica das sentenças da Corte Interamericana foi tema mais frequente na doutrina antes de julgados os primeiros casos brasileiros, em especial. Desde então, e considerando que as sentenças da Corte relativas ao Brasil têm sido cumpridas (sem a necessidade de homologação perante o STJ), não se têm levantado dúvidas sobre esse ponto. A regra a que se chegou é de que as sentenças da Corte Interamericana produzem efeitos jurídicos imediatos em âmbito interno, cabendo ao Estado brasileiro cumpri-las de forma espontânea, sendo desnecessária a homologação pelo STJ. Página virada, ao menos por hora.

3. ENCONTRANDO UM LUGAR PARA AS SENTENÇAS DA CORTE

O segundo ponto – qual seja, o posicionamento da Convenção Americana na hierarquia de normas e, conseqüentemente, sua aplicabilidade no direito interno – tem provocado debates recorrentes na prática constitucional

brasileira. Em realidade, o foco da discussão diz respeito ao *status* normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos em face da Constituição Federal – não, diretamente, das sentenças internacionais. No entanto, essas são questões entrelaçadas, o que requer um breve exame da matéria. No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) teve a oportunidade de enfrentar essas questões em vários julgados – e com algumas inflexões em sua jurisprudência.

Em relação especificamente à Convenção Americana, as análises doutrinárias e jurisprudenciais têm se concentrado no artigo 5º, parágrafo 3º do texto constitucional (acrescido pela EC nº 45/2004). A inclusão desse dispositivo intensificou a discussão quanto ao patamar em que se encontram os tratados de direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004, ou seja, não submetidos ao procedimento especial de emendas, a exemplo da Convenção Americana. Boa parte da doutrina especializada acolheu com pouco (ou nenhum) entusiasmo essa alteração.

George Galindo é, por exemplo, uma dessas vozes de protesto. No seu entendimento, essa reforma representou um “retrocesso sensível” do ponto de vista normativo, se comparado ao que foi originalmente consagrado na Constituição no parágrafo 2º (2005, p. 121). Algumas questões são motivo de preocupação, inclusive a leitura equivocada que se fez do parágrafo 2º, que não pretendia criar normas de hierarquia diferenciada. Além disso, o texto da EC nº 45/2004 sugere a existência de dois tipos de tratados, os aprovados antes e após a reforma, criando uma diferenciação hierárquica entre direitos e uma série de inquietações quanto às suas consequências jurídicas. A melhor interpretação é, no seu entender, a que já trazia o artigo 5º, parágrafo 2º, no sentido de que os tratados que lidam com a temática de direitos humanos têm estatuta constitucional.

De fato, a inclusão do parágrafo 3º não só enfraqueceu essa tese como jogou em seu desfavor. Ao estabelecer que somente os tratados que passem por procedimento especial se incorporam como emendas constitucionais, esse dispositivo reforçou uma posição, já estabelecida pelo Supremo, no sentido de que tratados de direitos humanos não estavam no mesmo patamar dos direitos constitucionais. Tanto que o STF, quando confrontado com esse tema após a EC nº 45/2004, embora tenha revisto seu entendimento quanto ao caráter legal dos

tratados, manteve-se alinhado à tese original de que tratados (aprovados pelo rito simples) não possuem estatuta constitucional.

O STF se posicionou sobre a hierarquia normativa da Convenção Americana, pela primeira vez, no HC nº 72.131, conhecido *leading case* sobre a matéria.⁴ Esse julgado diz respeito à incompatibilidade entre o Decreto-Lei nº 911/1969 e a proibição prevista na CADH referente à prisão civil do depositário infiel nos contratos de alienação fiduciária em garantia, constante no artigo 7 (7) da Convenção. Nesse precedente, o STF adotou o entendimento do *status* infraconstitucional da Convenção Americana, mantendo a paridade normativa entre os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e as leis ordinárias, já anteriormente expressa no RE nº 80.004.⁵ Mesmo que posterior, entendeu a Suprema Corte que a Convenção Americana não havia derogado o disposto no Decreto-Lei nº 911/1969, por se tratar de conflito de normas especiais *versus* gerais (as previstas na Convenção).

Essa posição foi, então, reavaliada após a EC nº 45/2004. Ainda ao se debruçar sobre a prisão civil do depositário infiel, no julgamento conjunto dos RE nº 466.343-1/SP e nº 349.703-1/RS e dos HC nº 87.585 e nº 92.566, o Supremo passou a entender que os tratados de direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004 não poderiam ser equivalentes às normas constitucionais.⁶ Foi revista a tese do caráter legal ou ordinário dos tratados de direitos humanos, os quais passaram a assumir posição diferenciada. Nesse julgado, apesar dos votos vencidos, formou-se maioria apertada no Supremo no sentido de conferir suprallegalidade aos tratados de direitos humanos. Esses tratados não poderiam, portanto, afrontar a primazia da Constituição, estando sujeitos ao controle de constitucionalidade. Estariam a meio caminho, sendo considerados supraleais, mas infraconstitucionais. Assim, para o STF, a Convenção Americana teria nível hierárquico supraleal, abaixo da Constituição Federal – o que significa que, em tese, algumas situações de conflito no cumprimento das decisões emanadas da Corte Interamericana poderiam ocorrer, seguida essa linha. Além disso, outro desdobramento dessa tese é excluir a possibilidade de que os tratados de direitos humanos integrem o chamado “bloco de constitucionalidade”. Assim, à luz desse entendimento, em razão do caráter supraleal, os tratados deixariam de ser

parâmetros para se analisar a constitucionalidade de atos normativos.

No entanto, a adoção da supralegalidade não impede que os tratados de direitos humanos sejam usados como parâmetros de interpretação da Constituição Federal. Antonio Moreira Maués (2013) fez uma análise da jurisprudência do STF para demonstrar que existe uma proximidade entre as teses da supralegalidade e da constitucionalidade, relativizando suas diferenças.⁷ Ao analisar a decisão relativa à proibição do depositário infiel, o autor mostrou que ambas as teses – supralegalidade e constitucionalidade – permitem que a Constituição seja interpretada de maneira compatível com os tratados internacionais de direitos humanos. O que acontece nesse caso, explica, é que, como o dispositivo constitucional relativo à prisão do depositário infiel (artigo 5º, LXVII) depende de regulamentação para ser eficaz, e considerando que o legislador não pode fazê-lo sem afrontar a Convenção Americana (de natureza supralegal, portanto, acima das leis), o alcance dessa norma ficou restringido, não podendo mais ser aplicada (p. 219).

No entanto, na linha do que ponderava George Galindo (2005), o melhor entendimento ainda é o do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos, pelas possibilidades de interpretação dadas pelo artigo 5º, parágrafo 2º, embora esse não seja o entendimento hoje vigente do STF. Em todo caso, embora haja algumas limitações, a tese da supralegalidade não impede com que tratados de direitos humanos sejam usados na interpretação da Constituição Federal. Tê-los como parâmetros de interpretação constitucional pode ajudar a encontrar respostas a possíveis problemas de compatibilização de normas constitucionais e internacionais.

4. ARRANJOS INSTITUCIONAIS: APRENDIZADOS, TENSÕES E PERSPECTIVAS

Como já mencionado, as sentenças da Corte Interamericana não se sujeitam ao procedimento de homologação pelo STJ, o que significa que, a rigor, não há a necessidade de normas para disciplinar o seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro. Sua aplicação é imediata, embora pudesse ser facilitada se houvesse legislação específica que organizasse procedimentos internos. Mas não há.

Em realidade, o que se verifica é a formação de arranjos institucionais “espontâneos” entre os diversos atores envolvidos na implementação das sentenças. É mais fácil enxergar a forma com que foram, aos poucos, construídos quando se consideram os tipos ou categorias de reparação ordenadas pela Corte. Cada grupo de medidas terminou por demandar uma arquitetura diferente de implementação, tanto do ponto de vista normativo quanto institucional.

A primeira dessas medidas diz respeito a reparações de natureza pecuniária. Nos quatro casos já julgados relativos ao Brasil, a Corte Interamericana ordenou ao Estado brasileiro que procedesse ao pagamento a vítimas e/ou a seus familiares de determinadas quantias, fixadas nas sentenças, a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos. Aliás, esse comando está presente em todas as sentenças condenatórias proferidas pela Corte.

Embora a Convenção deixe a cargo dos Estados a forma de executar o disposto pela Corte, o artigo 68 (2) atribui eficácia executiva à parte pecuniária das sentenças, ao estipular que, quando se tratar de indenizações, podem ser implementadas de acordo com as regras vigentes de “execução contra o Estado”. No Brasil, os mecanismos processuais de execução de sentenças contra o Estado estão previstas nos artigos 730 a 731 do Código de Processo Civil, bem como no artigo 100 da Constituição Federal. É traduzido no processo de execução contra a Fazenda Pública perante a Justiça Federal, conforme o artigo 109, inciso III da Constituição.⁸

Inicialmente, entendia a doutrina que, se a sentença proferida pela Corte não fosse espontaneamente cumprida, quanto às indenizações, seriam aplicadas essas normas, próprias da execução de sentenças contra o Estado, por força do artigo 68 (2) da Convenção. Essa alternativa foi construída à época em que prevalecia a visão do STF de que a Convenção Americana possuía o *status* normativo de lei ordinária. Assim, o entendimento era de que a sentença da Corte Interamericana se equipava a título executivo judicial, o que justificaria a hipótese de execução judicial contra a Fazenda Pública (RAMOS, 2012).

Mas essa opção não chegou a prosperar. Como se sabe, a execução pecuniária contra a Fazenda Pública, seguindo o rito normal dos precatórios (como prevista para os demais

créditos), é procedimento extremamente moroso. Não é razoável exigir das vítimas e/ ou seus representantes que, após esgotar recursos internos, provocar e acompanhar o processo perante o sistema interamericano, ainda tenham que enfrentar a morosidade da execução da sentença condenatória contra o Estado para ser ressarcido e receber as reparações que lhes são devidas. Essa foi a principal razão a sensibilizar os gestores públicos federais a encontrar uma alternativa, mais célebre, ao pagamento de eventuais indenizações.

Uma segunda alternativa pensada foi a de se aprovar lei federal específica para o pagamento dessas indenizações, como aconteceu no caso *José Pereira*, o primeiro acordo de solução amistosa envolvendo o Brasil na Comissão Interamericana.⁹ O acordo a que se chegou previa o pagamento de indenização por danos morais e materiais causados a José Pereira, por haver sido submetido à condição análoga à de escravo em uma fazenda no sul do Pará. Para cumprir o previsto no acordo, por ser o combate ao trabalho escravo matéria de competência da União, o Poder Executivo Federal encaminhou um projeto de lei, em caráter de urgência, ao Congresso Nacional, que se transformou na Lei nº 10.706, de 30 de julho de 2003, determinando o pagamento de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) à vítima. À época, foi necessária uma medida legislativa por não haver orçamento específico da União para pagamento de indenização decorrente de decisões internacionais.

Embora tenha dado cumprimento ao acordo, a aprovação de lei específica para cumprir as indenizações contidas em decisões de instâncias internacionais deixou de ser uma estratégia adotada pelo Governo brasileiro. Primeiro, conforme entendimento doutrinário, a edição de uma lei não seria o caminho mais adequado para veicular ato administrativo de efeitos concretos (como são as reparações pecuniárias ordenadas pela Corte), sob pena de violação do princípio da isonomia e do tratamento igualitário. Além disso, a tramitação de um projeto de lei (fora do regime de urgência constitucional) é processo pouco célere e trabalhoso, o que ocasionaria uma maior demora para o recebimento das reparações por parte das vítimas.

Em razão dessas dificuldades, e considerando a necessidade de haver um arranjo normativo específico para o pagamento de indenizações

resultantes de eventuais condenações na Corte e na Comissão Interamericana, começou a ser desenhado, no âmbito do Poder Executivo Federal, outro instrumento de planejamento e orçamento. No Plano Plurianual (PPA) de 2004-2007, incluiu-se previsão orçamentária específica no Programa “Direitos Humanos, Direito de Todos” para o pagamento de eventuais indenizações.

Mais precisamente, a partir da Lei Anual Orçamentária de 2004, foi incorporada uma ação específica para esses pagamentos – o que se repetiu nos anos posteriores e nos PPA 2008-2011 e 2012-2015.¹⁰ Desde então, a Secretaria de Direitos Humanos (SDH) da Presidência da República conta com dotação orçamentária específica para o pagamento de indenizações por violações aos direitos humanos de vítimas e familiares, tanto no âmbito universal quanto no regional.

Assim, considerando que na previsão orçamentária de uma despesa já está contida a autorização legislativa para que o Poder Executivo a realize, o pagamento das reparações pecuniárias advindas das sentenças da Corte Interamericana passou a ser feito de forma direta e imediata, sendo este, desde então, o fundamento legal que se buscava para autorizar pagamentos e afastar o rito dos precatórios. O resultado a que se chegou para viabilizar esses pagamentos, em que pese haver ainda limitações, foi a via do Decreto Presidencial, à luz do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal.¹¹ É o que foi feito nos casos *Ximenes Lopes*, *Escher e outros*, *Sétimo Garibaldi e Gomes Lund*.¹² É interessante notar que, antes mesmo das primeiras sentenças condenatórias na Corte, o Estado brasileiro já tinha utilizado essa alternativa para o cumprimento de uma recomendação da Comissão Interamericana.¹³

A garantia da previsão orçamentária e a autorização para pagamento via Decreto presidencial, por certo, representaram inovações à maneira com que o Poder Executivo Federal se organizou para proceder ao pagamento das indenizações. No entanto, outra questão jurídica ainda se coloca, para a qual a melhor solução está em processo de construção. No caso *Gomes Lund*, e com base no Decreto nº 7.256/2010, o Estado procedeu ao pagamento de todas as indenizações estabelecidas aos beneficiários vivos. No entanto, em relação às vítimas já falecidas, houve dificuldades em se precisar os

seus herdeiros e as indenizações a que fazem jus.¹⁴ A via administrativa se mostrou inviável para o pagamento das indenizações.

Além disso, o pagamento de indenizações não passa, apenas, por encontrar um amparo jurídico-legal que o autorize. Além de “como pagar”, há a questão de “a quem compete pagar”. Embora nos quatro casos brasileiros essa obrigação tenha sido assumida pela SDH, em estados federados como o Brasil, esse não é, necessariamente, o único caminho a ser seguido.

4.1. Variedade dos repertórios de medidas e de respostas

Um dos aspectos mais destacados da jurisprudência da Corte em matéria de reparações são as medidas de caráter não pecuniário. Essas reparações, usualmente identificadas pela Corte como garantias de não repetição e medidas de satisfação, por compreender um leque variado de medidas, terminam por demandar arranjos internos específicos de implementação, a depender de cada caso concreto. Não há um procedimento único a seguir, embora alguns sustentem que a parte extrapecuniária da sentença também possa ser executada no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.¹⁵

Quanto aos casos brasileiros, é possível apontar duas questões importantes, que são geralmente enfrentadas no cumprimento dessas decisões: a) a indefinição das atribuições de órgãos do Governo Federal nesse campo; b) a ausência de envolvimento dos demais entes federados e Poderes (incluindo o Poder Judiciário) na implementação das reparações.

À luz do Direito Internacional, havendo descumprimento de obrigações internacionais, ao Estado é atribuída a responsabilidade internacional, independentemente de sua estrutura interna. Além disso, o Estado não pode invocar disposições de direito interno como desculpa para evadir suas obrigações internacionais. No entanto, ainda que a responsabilidade internacional seja atribuída ao Estado, no momento de dar cumprimento às decisões de um tribunal internacional, essa obrigação recai, ao menos no caso brasileiro, no Poder Executivo Federal.

De certa maneira, o envolvimento do Poder Executivo Federal nessa etapa é esperado. Por um lado, prevê a Constituição Federal no artigo 84, inciso VII, que cabe à União, na figura do

Presidente da República, exercer a representação externa do país – que o faz via Ministério das Relações Exteriores (MRE). Além disso, como se verá na sequência, a Secretaria de Direitos Humanos, órgão responsável da Presidência da República por coordenar as políticas de direitos humanos no país, é acionada em todas as etapas do procedimento perante o sistema interamericano, o que a torna um ator importante na fase de implementação.

A forma com que os órgãos federais têm se organizado na etapa de cumprimento das decisões da Corte Interamericana não está plenamente definida. Falta, no Brasil, um arcabouço normativo e institucional específico que disponha sobre a responsabilidade dos órgãos federais em relação ao seu papel na implementação das decisões no sistema interamericano. Por isso, aos poucos, foi se desenhando uma divisão de tarefas entre os órgãos governamentais, que, em razão das atividades e funções que até então desempenhavam, terminaram por se tornar os “responsáveis” pela execução das decisões do sistema interamericano de forma geral.

A evolução desse relacionamento entre os órgãos federais é bem retratada em estudo recente coordenado por Oscar Vilhena Viana *et al.* (2013). Os autores mostram que, nos últimos anos, o arranjo que se formou para o cumprimento das decisões do sistema interamericano envolveu o MRE, a SDH e a Advocacia-Geral da União (AGU).¹⁶ A divisão de tarefas entre esses órgãos, ainda que não esteja formalmente regulamentada ou definida por ato específico, foi construída no decorrer da tramitação dos casos brasileiros no sistema e perante a Corte, em especial. Os papéis e a dinâmica dessas três instituições foram agrupados, de forma apropriada, em três períodos distintos: o primeiro se refere aos casos *Ximenes Lopes* e *Gilson Nogueira de Carvalho*¹⁷, de 2006; o segundo abrangeu os casos *Escher e outros* e *Sétimo Garibaldi*, de 2009; o terceiro, *Gomes Lund e outros* e *Belo Monte*¹⁸, em 2010.

Explicam os autores que, no primeiro período, a AGU atuou diretamente na defesa do Estado, transformando-se em um ator importante na etapa de implementação. Nesses dois casos, a AGU assumiu o papel principal, na defesa jurídica; a SDH esteve na retaguarda, buscando articulação com os atores envolvidos (especialmente com os estados); e o MRE manteve sua posição de intermediar as comunicações com a Corte. Na fase de implementação da sentença, permaneceu

esse concerto entre os atores.¹⁹ O segundo momento foi marcado por um rearranjo de papéis. Nos casos *Escher e outros* e *Sétimo Garibaldi*, o MRE voltou a ser protagonista, ficando a AGU responsável pela defesa jurídica apenas na etapa de admissibilidade e a SDH, pela interlocução com atores internos na implementação das reparações (2013, p. 22). Por fim, a terceira fase começa a partir do caso *Gomes Lund e outros* (ou *Guerrilha do Araguaia*). O caso é marcado por um tensionamento entre a AGU e a SDH, que adotaram posicionamentos divergentes. AGU manifestava-se a favor da constitucionalidade da Lei de Anistia na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 perante o STF, ao contrário da SDH. Nesse desconcerto, o MRE voltou a concentrar as manifestações do Estado brasileiro, ao lado da Casa Civil da Presidência da República.

Em linhas gerais, o que esse estudo apontou foi que, ao longo da experiência brasileira perante a Corte Interamericana, houve um processo de tensão institucional, com mudanças e adaptações nas relações institucionais em nível federal. Na ausência de um arranjo institucional e normativo definido, o acerto entre o grupo que se formou – AGU, SDH, MRE – tem se modificado no decorrer da tramitação dos casos e na etapa de implementação. Mas esse processo não foi alheio a interesses políticos. Refletiu, também, a disposição e as capacidades de manobra de cada órgão (VILHENA *et al*, 2013, p. 23).

Embora esse estudo traga um bom registro do processo de aprendizado e conflito entre essas instituições, o papel desempenhado pelo MRE no litígio perante o sistema interamericano pode ter sido subestimado pelos autores, ao ser caracterizado como mero “despachante internacional”, responsável por intermediar as comunicações com o sistema. Ainda que exerça essa função, o Itamaraty tem sido um importante catalisador na inter-relação entre a Corte Interamericana e as instâncias internas, inclusive por sua *expertise* e corpo profissionalizado. A atuação direta e cotidiana com o próprio sistema também permite uma continuidade nessa relação. É certo que conclusões mais sólidas a esse respeito dependeriam de estudos empíricos ou da realização de entrevistas a alguns atores-chave, o que escapa aos propósitos deste artigo. Mas estudos relativamente recentes mostraram como o Itamaraty tem ajudado a conferir impulso e forma às articulações internas, capitaneadas

pela SDH e outros órgãos federais.²⁰ O papel do Itamaraty não pode, portanto, ser menosprezado nessa constelação de atores envolvidos.

Quanto à AGU, é possível também que o Departamento Internacional tenha sua participação revisitada nos próximos casos perante a Corte. Isso porque a SDH, em recente reformulação, passou a contar, em sua estrutura, com uma assessoria jurídica própria, responsável por “questões jurídicas relacionadas aos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e ao cumprimento das suas decisões” (artigo 7º, inciso X do Decreto nº 8.162, de 18 de dezembro de 2013). Essa alteração é sinal de que o arranjo entre os órgãos federais, diante da falta de um instrumento normativo específico, seguirá sendo espaço de disputas.

5. POR UMA INSTITUCIONALIZAÇÃO DEFINITIVA E NECESSÁRIA

Vários estudos acadêmicos apontam a necessidade de se adotar mecanismos institucionais específicos de implementação de recomendações e decisões do sistema interamericano. É o que se convencionou chamar de “leis-ponte”, “leis de implementação” ou *enabling legislation*. Flávia Piovesan, por exemplo, ao comentar as experiências de execução interna das decisões internacionais desenvolvidas na região (em especial do Peru, Honduras, Venezuela, Costa Rica, Colômbia e Argentina), reforçou a necessidade de que se adotem, no Brasil, mecanismos e normas para disciplinar o cumprimento, em âmbito interno, das decisões internacionais de direitos humanos. A implementação não deve depender da “boa vontade, improvisação ou do amadorismo de determinada gestão governamental, mas devem ser pautadas por uma sistemática institucionalizada” (PIOVESAN, 2003). Essa é, inclusive, uma das propostas que a autora apresenta para aprimorar e fortalecer a implementação das obrigações internacionais por parte dos Estados.

Essa preocupação é manifestada também por interlocutores do Poder Executivo Federal. Em conferência internacional de direitos humanos realizada em agosto de 2013, representantes do Governo Federal, em suas intervenções, apontaram a necessidade de se criar uma legislação específica, capaz de vincular, de forma clara e automática, os órgãos públicos,

de quaisquer Poderes e níveis da Federação, à execução dessas decisões internacionais.²¹ Atualmente existe uma disposição, ao menos declarada, de se criar procedimentos para organizar a implementação das medidas referentes aos relatórios da Comissão e às decisões da Corte. É o que também preveem algumas ações programáticas do III Programa Nacional dos Direitos Humanos – PNDH-3.²²

No Brasil, até a presente data, embora inexista esse tipo de legislação, houve esforços para se desenhar alguns projetos de lei no Congresso Nacional. Esse tema entrou, pela primeira vez, na agenda de debates do Congresso Nacional em 2000, quando foi apresentado o projeto de lei – PL nº 3.214, de autoria do Deputado Marcos Rolim.²³ O texto previa que as decisões do sistema interamericano de natureza indenizatória constituiriam títulos executivos judiciais, sujeitas à execução direta contra a Fazenda Pública Federal. Previa ainda o cabimento de ação regressiva da União contra as pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, responsáveis direta ou indiretamente pelas violações que provocaram a responsabilização internacional. Esse projeto, no entanto, terminou arquivado em 2003.²⁴ Foi criticado, entre outros aspectos, por apenas contemplar indenizações, e não as demais formas de reparações decididas pela Corte.

Em 2004, foi apresentado o PL nº 4.667/2004, de autoria do Deputado Federal José Eduardo Cardozo.²⁵ O texto, que posteriormente sofreu alterações, dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões de organismos internacionais de proteção dos direitos humanos. Foi aprovado, na forma de substitutivo, pelas comissões de Direitos Humanos e Minorias, de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. O último andamento foi em junho de 2010, quando o parecer do relator foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça. Em linhas gerais, esse PL, na redação do seu atual substitutivo, limita-se a prever que é da competência do ente federado responsável pela violação dos direitos humanos dar cumprimento às reparações, cabendo à União o pagamento da reparação de natureza pecuniária. Dispõe ainda sobre o direito de ajuizar ação regressiva contra aqueles responsáveis pelas violações. De certa forma, o substituto atual, apresentado pelo Deputado Luiz Couto, assemelha-se àquele arquivado em 2000.

É interessante notar que, na Comissão de Direitos Humanos e Minorias, foi apresentado um substitutivo, que disciplinava, de forma mais detalhada, os procedimentos de implementação de decisões internacionais. O texto, de autoria do Deputado Federal Orlando Fantazzini, trazia duas inovações: além de prever a competência da União para o pagamento de indenizações e o direito de regresso, dispunha que poderia ser descontado do repasse ordinário das receitas destinadas aos entes federativos os valores gastos com o pagamento dessas reparações. Tratava ainda da criação de um órgão com competência para acompanhar o cumprimento de decisões internacionais, com um leque de atribuições que variava da articulação à fiscalização do trâmite de ações judiciais.²⁶ No entanto, embora esse substitutivo se enquadrasse um pouco mais na atual demanda dos órgãos federais, o texto foi rejeitado com a aprovação do substitutivo apresentado pelo Deputado Federal Luiz Couto na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional.

De forma geral, embora sempre se aponte a necessidade de uma legislação específica para tratar dos mecanismos internos para o cumprimento de decisões internacionais, os projetos de lei até então desenhados não foram satisfatórios. As principais deficiências apontadas são relativas a formas de execução de sentenças que envolvem obrigações de fazer e não fazer (ou seja, as garantias de não repetição e medidas de satisfação) – que os referidos projetos não contemplam – e a não inclusão dos demais entes federados e Poderes (inclusive do Poder Judiciário) como atores também responsáveis pela implementação de determinados dispositivos das sentenças (RAMOS, 2012, p. 359; SANTOS, 2011, p. 269).

Normas específicas relativas ao cumprimento de decisões de órgãos internacionais não são, necessariamente, imprescindíveis. Tanto que o Estado brasileiro, mesmo na ausência dessa *lei-ponte*, tem promovido a implementação. Paralelamente, não se pode inferir daqueles Estados que já contam com tais normas ou procedimentos definidos que a execução das sentenças da Corte está, *ipso jure*, garantida (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 30). Embora não sejam imprescindíveis, a criação de uma lei-ponte facilitaria – e, eventualmente, até aceleraria – o cumprimento de decisões do sistema interamericano, desde que propusesse

um arranjo, de caráter permanente, capaz de dar conta do pacto federativo, da articulação com os demais Poderes, do leque variado de recomendações da Comissão e reparações da Corte e de um espaço de negociação e voz à sociedade civil. Chegar a esse desenho não é fórmula simples, o que talvez explique a dificuldade de se avançar nessa matéria.

Mais um debate relativo à implementação das sentenças no Brasil diz respeito à estrutura federal do Estado. Além de envolver diversos órgãos do Poder Executivo Federal, o cumprimento das várias medidas reparatorias ordenadas pela Corte Interamericana requer, muitas vezes, ações em nível estadual ou municipal.

Sabe-se que, em Direito Internacional, o Estado responde pelas condutas de seus órgãos e funcionários, independentemente de sua estrutura, desde que tenham atuado em qualidade oficial. Nesse mesmo sentido, a Corte estabeleceu, em diversas ocasiões, que as normas internacionais atinentes à proteção dos direitos humanos devem ser respeitadas pelos Estados, independentemente de sua estrutura federal ou unitária (CtDH, 1999, par. 139-140).

No entanto, na etapa de cumprimento de decisões internacionais, a questão federativa não pode ser descartada. Em Estados como Argentina, Brasil e México, embora seja a União que responda na fase de cumprimento de sentenças perante a Corte Interamericana, os demais entes federados têm papel importante na implementação das decisões internacionais, especialmente de medidas voltadas à construção de políticas públicas.

Nos casos brasileiros, o que se tem verificado são resistências e dificuldades de diálogo com os estados e municípios. Apesar de não ter apontado o argumento de ser um Estado federal perante a Corte, o Brasil já alegou o seu arranjo interno e a dificuldade de diálogo com os entes federados como justificativa quanto ao cumprimento de certas recomendações da Comissão e reparações ordenadas pela Corte. Aliás, essa foi uma das razões pelas quais os casos *Escher e outros* e *Sétimo Garibaldi* chegaram à Corte. Em ambos, a Comissão usou as dificuldades de diálogo com o estado do Paraná como argumento para que a Corte declarasse a violação ao artigo 28 da Convenção Americana (CtDH, 2009a, par. 215-217).

A falta de mecanismos internos para a implementação das decisões do sistema interamericano pode explicar, em partes, as dificuldades do Estado brasileiro em fazê-la. Esse processo termina por depender, em última análise, da capacidade de convencimento dos atores locais e de negociação dos órgãos federais (em especial, da Secretaria de Direitos Humanos, que no arranjo tripartite formado – AGU/ MRE/ SDH – é quem assumiu esse papel de articulação federativa). Quando a tramitação está ainda na Comissão Interamericana, a SDH tem adotado a estratégia de envolver e dividir responsabilidades com os entes federados.

O caso *Wallace de Almeida* é um bom exemplo. Trata-se de denúncia, apresentada à CIDH em 2001, envolvendo o assassinato de um jovem negro, de 18 anos, por policiais militares, no contexto de uma escala de violência policial em favela do Rio de Janeiro. O caso chegou à CIDH pela falta de investigação dos fatos e consequente responsabilização dos envolvidos.²⁷ O caso é emblemático pelas respostas do estado do Rio de Janeiro perante a CIDH. O Governador, por meio de decreto estadual, conferiu à Procuradoria-Geral do Estado a tarefa de acompanhar todos os casos em tramitação no sistema interamericano. Seguindo essa linha, também a Secretaria Estadual de Assistência Social e Direitos Humanos (órgão do Poder Executivo estadual responsável pela temática de direitos humanos) designou um interlocutor específico para tratar dos casos. Em 2008, com base em parecer jurídico elaborado pela Procuradoria-Geral, o estado do Rio de Janeiro procedeu ao pagamento da reparação dos familiares da vítima pelos danos materiais ou morais sofridos.

Em resumo, a SDH é que tem promovido o diálogo com autoridades estaduais e municipais sobre a necessidade de implementação das decisões do sistema interamericano em nível local, cujo êxito termina por depender de razões e circunstâncias políticas. Além de dialogar com estados e municípios, os órgãos do Poder Executivo Federal têm ainda o desafio de lidar com o Judiciário, quando as medidas reparatorias envolvem ações e providências a tomar pela Justiça brasileira. Compreender como se dão essas relações inter-Poderes merece, em realidade, um estudo à parte, por materializar tensões ainda remanescentes da relação Direito interno *versus* Direito Internacional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo um balanço geral, nota-se que o Brasil avançou, não sem dificuldades, no sentido de consolidar um ambiente legal e institucional aberto à implementação das sentenças da Corte Interamericana (e, em última instância, de decisões internacionais em matéria de direitos humanos). Apesar de ter sido um dos últimos Estados a ratificar a Convenção e a aceitar a jurisdição da Corte, pode-se afirmar que o Estado brasileiro caminhou rumo à construção de normas e arranjos institucionais permeáveis ao cumprimento de seus compromissos internacionais. Isso aconteceu em um contexto normativo favorecido por uma Constituição Federal aberta à agenda de direitos humanos.

Encontrou alternativas, em princípio, para duas questões jurídicas que inquietavam os órgãos federais encarregados da implementação: a) as sentenças da Corte, por seu caráter internacional, afastam a necessidade de homologação pelo STJ, tendo aplicação imediata; b) a execução de reparações indenizatórias ditadas pela Corte Interamericana dispensa o rito dos precatórios, processo já caracterizado por excessiva demora. Nesse segundo ponto, criou um desenho mais célere para providenciar o pagamento de indenizações, que hoje se dá pela via de Decreto executivo, lastreado em lei orçamentária anual, que prevê rubrica específica a esse tipo de pagamento.

Ao lado desses avanços, outros dois pontos integram a lista de desafios. O primeiro diz respeito ao lugar em que se situa a Convenção Americana no ordenamento jurídico brasileiro. O Supremo Tribunal Federal já enfrentou o tema em várias ocasiões, tendo revisto sua tradição jurisprudencial para afirmar a tese da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos, especialmente após a EC n. 45/2004, ainda que essa possa não ser a melhor leitura.

Além disso, inclui-se no leque de desafios a necessidade de elaboração de uma *lei-ponte*, capaz de disciplinar a implementação das decisões da Corte no país. Como visto, houve tentativas – todas frustradas – de tramitação de projetos de lei no Congresso Nacional sobre o tema. Até que se elabore uma norma específica, a implementação das decisões dos órgãos do sistema interamericano continuará a operar de maneira errática e pouco institucionalizada, com dificuldades de envolvimento dos demais níveis de governo (estados e municípios) e poderes (do Poder Judiciário, em especial). Como mostrando nesse estudo, o arranjo institucional que se formou, no decorrer dos anos, está ancorado exclusivamente no Poder Executivo Federal. A AGU, a SDH e o MRE, em um processo marcado por aprendizado e tensões institucionais, foram se acomodando e (re)definindo suas atribuições quanto ao cumprimento das sentenças da Corte. Em todo caso, ainda que os arranjos tenham sido construídos a partir de papéis indefinidos e tensões, há sinais claros quanto ao comprometimento do Estado brasileiro no litígio perante o sistema interamericano.

É claro que o sucesso dessa estratégia depende não apenas dos órgãos federais, mas também de negociações com um conjunto de atores estaduais, municipais, sem contar o desafio de se envolver os demais Poderes (em especial, o Poder Judiciário) com o sistema. Essa constelação de atores é particularmente importante quando se está diante do cumprimento de reparações de natureza não pecuniária. A edição de uma lei-ponte, capaz de definir responsabilidades a esses atores, pode ser benéfica e facilitar o cumprimento de decisões internacionais. Para esse tema, aguardam-se ainda desdobramentos, pois os projetos de lei até então desenhados não conseguem responder a essas necessidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERNARDES, Marcia Nina. 2011. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *SUR – International Journal on Human Rights*, São Paulo, v. 8, n. 15, pp. 135-156.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1999. *Opinião Consultiva OC 16/99. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no marco das Garantias do Devido Processo Legal*. 1 out. 1999. Série A Nº. 16. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>>. Acesso em: 27 nov. 2013.
- _____. 2006. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Mérito, Reparações e custas. 4 jul. 2006. Série C Nº. 149. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 27 nov. 2013.
- _____. 2009a. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. 6 jul. 2009. Série C, Nº. 200. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 14 abr. 2014.
- _____. 2009b. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. 23 set. 2009. Série C, Nº. 203. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 14 abr. 2014.
- _____. 2010. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. 24 nov. 2010. Série C, Nº. 219. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 14 abr. 2014.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. 2003. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 663p.
- _____. 2013. Compliance with Judgments and Decisions – The Experience of the Inter-American Court of Human Rights: a Reassessment. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 13, n. 13, pp. 29-36.
- COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. 2008. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 216p.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, 464p.
- _____. 2005. O parágrafo 3º do Art. 5º da Constituição Federal: Um Retrocesso para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 6, n. 6, pp. 121-131.
- _____. 2013. Art. 7º O Brasil propugnar pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos. In: GOMES CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 2200-2203.
- GIUNCHETTI, Camila Serrano. 2010. *Globalização e Direitos Humanos. Estudo acerca da influência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as instituições domésticas: o caso do presídio “Urso Branco” (RO)*. 195f. Tese (Doutorado). Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília.
- MAUÉS, Antonio Moreira. 2013. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. *SUR – International Journal on Human Rights*, São Paulo, v. 10, n. 18, pp. 215-235.
- PIOVESAN, Flávia. 2002. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 484p.
- _____. 2003. Implementação das obrigações, Standards e parâmetros internacionais de direitos humanos no âmbito intragovernamental e federativo. In: *Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System*, Washington. Disponível em: <<http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/piovesan-speech.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.
- _____. 2013. Art. 4º, II – Prevalência dos direitos humanos. In: GOMES CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 153-159.

- RAMOS, André de Carvalho. 2001. *Direitos Humanos em Juízo: Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no Direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 573p.
- _____. 2012. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 423p.
- RESENDE, Augusto César Leite de. 2013. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, pp. 225-236.
- SANTOS, Juliana Corbacho Neves dos. 2011. A execução das decisões emanadas da Corte interamericana de direitos humanos e do sistema jurídico brasileiro e seus efeitos. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 8, n. 1, pp. 261-307.
- VIEIRA, Oscar Vilhena et al. 2013. *Implementação das Recomendações e Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Brasil: institucionalização e política*. São Paulo: Direito GV.

NOTAS

1. Foram os seguintes instrumentos: Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 (ratificada em 1984); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985 (ratificada em 1989); Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de 1984 (ratificada em 1989); Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989 (ratificada em 1990).
2. São elencados os seguintes princípios no art. 4º: independência nacional, direitos humanos, autodeterminação dos povos, não intervenção e igualdade entre os Estados, repúdio ao terrorismo e ao racismo, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos e de concessão de asilo político, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e formação de uma comunidade latino-americana.
3. A III Conferência Nacional de Direitos Humanos foi realizada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados em maio de 1998. Foi um evento organizado também em comemoração ao cinquentenário das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos. Um dos temas analisados na Conferência foi justamente a posição brasileira nos sistemas universal e interamericano de direitos humanos. O relatório final da Conferência pode ser encontrado em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/conferencias/dh/br/iiconferencia.html>>. Acesso em: 18 abr. 2014.
4. BRASIL. 2003. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.131/ RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. DJ, 1 ago. 2003.
5. No RE nº 80.004, o STF firmou entendimento de que os tratados internacionais comuns (não afetos à temática de direitos humanos) incorporam-se à ordem jurídica brasileira com status de lei ordinária. Assim, eventual conflito entre tratado e lei ordinária seria resolvido pela aplicação do critério cronológico ou da especialidade. Cf. BRASIL. 1977. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 80.004/SE. Tribunal Pleno. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. DJ, 29 dez.1977.
6. BRASIL. 2009. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. DJe-104. Publicação 05 jun. 2009.
7. Nesse estudo, o autor mostra que, antes mesmo de 2008, decisões do STF sobre presunção da inocência (artigo 5º, LVII), direito à razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII), as garantias do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV), liberdades de imprensa e exercício profissional, já usavam os tratados de direitos humanos como critérios hermenêuticos para definir o conteúdo das normas constitucionais (MAUÉS, 2013, pp. 220-221).
8. Basicamente, pode ser resumido nos seguintes termos: após o procedimento de execução, com a abertura de prazos para a oposição de embargos pela Fazenda Pública, o juiz de primeiro grau requer ao Presidente do Tribunal que expeça precatório ordenando o pagamento. Entretanto, o credor deverá esperar a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de recursos necessários ao pagamento, entrando em uma “fila” de precatórios (a exceção dos créditos alimentícios, que têm direito a uma “fila especial”).
9. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2003. José Pereira (Caso 11.289). Solução Amistosa. Relatório nº 95/03. 24 out. 2003. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2014.
10. Trata-se da ação “Pagamento de indenização a vítimas de violação das obrigações contraídas pela União por meio da adesão a tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”.
11. Nesse arranjo, o Gabinete do Ministro de Estado da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, por meio da Assessoria Internacional, promove as gestões necessárias para viabilizar o pagamento dessas indenizações.
12. O pagamento nos casos *Ximenes Lopes*, *Escher e outros* e *Sétimo Garibaldi* foi autorizado e feito à luz dos Decretos nº 6.185, de 13 de agosto de 2007, nº 7.158, de 20 de abril de 2010, nº 7.307, de 22 de setembro de 2010, respectivamente. Em *Gomes Lund*, o Decreto nº 7.256, de 4 de agosto de 2010, é o que autorizou à SDH proceder ao pagamento das indenizações.

13. No caso *Ovelário Tames*, a reparação de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) paga aos familiares da vítima efetuou-se por meio do Decreto nº 5.611, de 12 de dezembro de 2005. Cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1999. Ovelário Tames (Caso 11.516). Relatório nº 60/99.13 abr. 1999. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/Fondo/Brasil%2011.516.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2014.
14. Em princípio, dever-se-ia seguir o rito da ação de inventário, previstas nos artigos 1786 e seguintes do Código Civil e 982 e seguintes do Código de Processo Civil.
15. Augusto César Leite de Resende sustentou, por exemplo, que a parte extrapecuniária das sentenças da Corte são também títulos executivos judiciais, subsumindo-se ao artigo 475-N, inciso I, CPC. Como tal, não havendo o cumprimento espontâneo, seria possível a propositura de ação de execução. Para o cumprimento das prestações de fazer e não fazer, seria seguido o artigo 461 do CPC; para a entrega de coisa, o artigo 461-A; e, as prestações pecuniárias, seria o rito de execução contra a Fazenda Pública perante a Justiça Federal (RESENDE, 2013, p. 235).
16. A AGU conta com um Departamento Internacional, responsável por elaborar subsídios jurídicos para a defesa do Brasil em tribunais internacionais, em articulação com outros órgãos federais. Sobre o Departamento Internacional da AGU, cf: <<http://www.agu.gov.br/unidade/DPI>>. Acesso em: 18 abr. 2014.
17. O caso *Nogueira de Carvalho e Outro* foi arquivado pela Corte por insuficiência de provas.
18. O estudo abrangeu também casos perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.
19. É interessante destacar que foi a partir do caso *Ximenes Lopes* que a AGU se envolveu mais diretamente na etapa de implementação. Como as reparações ditas em *Ximenes Lopes* se relacionaram diretamente ao Poder Judiciário, entendem os pesquisadores que a AGU terminou por atuar mais diretamente nessa fase, pela facilidade de diálogo e articulação com esse Poder (VILHENA *et al.*, 2013, p. 21).
20. Cite-se, por exemplo, o estudo de Camila Serrano Giunchetti (2010). A autora debruçou-se sobre a influência das medidas provisórias da Corte Interamericana no caso do presídio Urso Branco, em Porto Velho/RO, nas instituições domésticas responsáveis pela proteção da vida dos presos e funcionários daquele local. Nesse estudo, é destacada a função exercida pelo Itamaraty, que participou ativamente de reuniões e audiências sobre o caso, tendo sido imprescindível para o efetivo cumprimento dessas ordens da Corte Interamericana, ao lado da SDH, Ministério da Justiça e Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (hoje Conselho de Direitos Humanos), principais órgãos envolvidos.
21. Notas da autora tomadas na “Conferência Internacional sobre Direitos Humanos: novos olhares sobre a proteção internacional da pessoa humana”, realizada no UniCEUB, Brasília-DF, nos dias 5 e 6 de agosto de 2013.
22. Em especial a Diretriz 3, objetivo estratégico II, ações programáticas “e” e “f”.
23. BRASIL. 2000. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 3.214, de 13 de junho de 2000. Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>.
24. Registre-se ainda que, à semelhança do PL nº 3.214, no Senado Federal chegou a tramitar um projeto de lei (PLS nº 420/2009), de autoria do senador Garibaldi Alves Filho, com uma proposta de alteração do Código de Processo Civil, para incluir, entre os títulos executivos judiciais, as sentenças proferidas pela Corte Interamericana, disciplinando o procedimento para seu cumprimento. Em dezembro de 2010, o texto foi arquivado, em virtude da aprovação de substitutivo a projeto de lei do Senado que reforma o Código de Processo Civil.
25. BRASIL. 2004. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.667, de 15 de dezembro de 2004. Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>.
26. São os artigos 3º e 4º do substitutivo. Cf. Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM). Parecer do Relator, Deputado Orlando Fantazzini (PSOL-SP), pela aprovação do Projeto de Lei nº 4.667, de 2004, na forma do substitutivo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=404836&filename=Tramitacao-PL+4667/2004>. Acesso em: 18 abr. 2014.
27. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2009. Wallace de

Almeida (Caso 12.440). Admissibilidade e Mérito. Relatório nº 26/09. 20 mar. 2009. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/>

[annualrep/2009port/Brasil12440.b.port.htm](http://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil12440.b.port.htm)>.
Acesso em: 17 abr. 2014.

O HOMICÍDIO DE CRIANÇAS INDÍGENAS PRATICADO POR TRIBOS BRASILEIRAS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Carolynne Maria Granja Ferraz

Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba; Advogada atuante em Recife-Pernambuco.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a prática do homicídio de crianças indígenas por tribos brasileiras sob uma perspectiva sociológica e jurídica, tendo em vista que a compreensão dos elementos culturais que permeiam os povos indígenas se mostra indispensável para a elaboração do discurso legal. Para tanto, utiliza-se da pesquisa bibliográfica, através de uma análise comparativa, para conceituar os direitos humanos, bem como para discorrer sobre a multiplicidade cultural existente entre a sociedade dita “civilizada” e os povos indígenas “isolados”. Segue-se a análise jurídica do tema, em conexão com os discursos do relativismo e universalismo culturais, sob a óptica dos direitos humanos. Observam-se as leis existentes sobre os povos indígenas nos cenários nacional e internacional e conclui-se pela existência de um regime jurídico criminal paralelo aplicado aos indígenas, quando suas práticas são motivadas por elementos culturais. Por fim, sugere-se a atuação estatal pautada num discurso intermediário entre as correntes do relativismo e universalismo culturais.

Palavras Chave

Homicídio de crianças indígenas; infanticídio indígena; direitos humanos; relativismo e universalismo culturais.

INTRODUÇÃO

O que se pretende a seguir é abordar a temática do homicídio de crianças indígenas praticado por algumas tribos brasileiras, sob uma perspectiva sociológica e outra jurídica, ambas pautadas no discurso dos direitos humanos. O viés sociológico mostra-se necessário para

contextualizar a existência de normas sobre o tema. Desta forma, os fundamentos culturais que motivam a prática deste tipo de homicídio são observados de forma minuciosa. Objetiva-se realizar a pesquisa bibliográfica¹ através de uma análise comparativa.

Além disto, têm-se disposições preliminares acerca do conceito dos direitos humanos, utilizando-se para tanto da perspectiva doutrinária de Fábio Konder Comparato e Norberto Bobbio. Segue-se uma análise histórica do surgimento e desenvolvimento dos direitos humanos.

Mais adiante, discute-se o sentido em que o termo “cultura” será admitido e abordado nas linhas seguintes, bem como as perspectivas interculturais referentes às correntes doutrinárias do relativismo e universalismo culturais frente aos direitos humanos. Para tais fins, são utilizadas as noções dos renomados estudiosos do tema Peces-Barba, Kant, Boaventura de Souza Santos, dentre outros.

Em outro momento, aborda-se o fenômeno da globalização e a forma como ele ensejou o ideário da hierarquia entre culturas, por meio do qual incide a utópica noção da existência de culturas melhores e mais completas do que outras. Destaca-se também a cultura indígena brasileira, nosso enfoque principal, bem como a forma que ela sofreu restrições diante da colonização portuguesa.

A análise jurídica do presente texto se inicia com as disposições legais do cenário nacional sobre o homicídio de crianças indígenas, ressaltando-se a diferença entre os termos infanticídio e homicídio de crianças. Analisa-se, por igual, a existência de um regime jurídico criminal paralelo aplicável aos índios, quando suas práticas se respaldam em elementos

culturais. Ressalta-se a atuação estatal por meio do Poder Legislativo, relacionando suas posições com os discursos pregados pelas correntes relativista e universalista dos direitos humanos, e se propõe a observância de posições opostas sobre a temática em debate, explicitando-se a que aparenta ser a mais viável.

1. CONCEITO, PERSPECTIVAS E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Embora a ciência dos Direitos Humanos não se restrinja a um conceito singular, é possível inferir que ela deriva da própria condição humana. Existem prerrogativas que são inerentes ao homem, a exemplo do direito à vida. Tais elementos surgem concomitantemente ao nascimento do sujeito, independente de fatores externos (a exemplo das condições sociais ou políticas). Nessa perspectiva os direitos humanos se diferenciam dos demais direitos porque existem em função tão somente da condição humana.

Dentro dessa mesma linha de raciocínio, “os direitos humanos são direitos próprios de todos os homens, enquanto homens, à diferença dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos, em função de particularidades individuais ou sociais do sujeito”. (COMPARATO, 1997, pp. 28-29)

Tal noção se assemelha ao que Peres Luño e Norberto Bobbio (*apud* André Carvalho Ramos, 2005, pp. 17-18) entendem por definição tautológica dos direitos humanos, como “sendo aqueles que correspondem ao homem pelo fato de ser homem”.

Luño e Bobbio analisam os direitos humanos por outras duas perspectivas: a formal, que se refere, sobretudo ao regime jurídico especial que os permeia, sendo indisponíveis e por isso *sui generis*, e a definição finalística ou teleológica, que parte da observação dos fins e objetivos para os quais se destinam, a exemplo do “desenvolvimento digno da pessoa humana”.

Embora existam infinitas linhas de raciocínio que tentam definir o conceito dos direitos humanos, cada qual a seu modo, é certo que uma análise do surgimento e evolução desse ramo da ciência do direito tende a clarear sua compreensão, o que é de imprescindível relevância para o que se segue.

Assim, as noções de tratamento igualitário e respeito que merecem todos os homens, tão somente por serem humanos, são questões pertinentes desde as civilizações mais antigas das quais se tem conhecimento, conforme será demonstrado.

Karl Jaspers (*apud* Comparato, 2010, p. 20) sustenta que desde o período histórico conhecido como axial, entre 600 e 480 a.C., alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos como Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel, já levavam a condição humana ao centro dos debates, corroborando a ideia de que os sujeitos merecem respeito por comporem o gênero humano.

Posteriormente, a escrita dessas ideias provocou um marco na história dos direitos humanos. Inicialmente, na Inglaterra do século XIII, surgiu a Magna Carta, documento firmado pelo então Rei João Sem Terra perante o alto clero e os barões do reino. Tal documento limitava o poder real em favor das liberdades dos súditos.

Tal fato ocorreu, decerto, como forma de evitar a prolongação de uma guerra civil causada pelo confronto dos senhorios com o poder real, mas isso não impediu que junto com a Carta Magna fosse trazido à tona o ideário de que os sujeitos merecem tratamento igualitário, porque integram a raça humana e tão somente isso os tornam detentores de direitos. Em solo inglês, surgiu em 1679 a Lei de Habeas Corpus e depois, em 1689, ocorreu a edição da Declaração de Direitos (Bill of Rights), por meio da qual foi aniquilada de vez a monarquia absolutista e estabelecida a participação do Parlamento. Instituiu-se a separação dos poderes, ideal defendido por Montesquieu e entendido como garantia institucional pela doutrina constitucionalista alemã do século XX, como uma “forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana”. (Comparato, 2010, p. 106).

Já no séc. XVIII, na América do Norte, a independência das treze colônias americanas, antes dominadas pela Grã-Bretanha, ensejou a edição da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. Esta representou um marco para a democracia moderna e para os direitos humanos. Por meio da referida declaração a ordem do texto constitucional

limitou a atuação governamental e possibilitou a ampliação da representação popular.

No séc. XVIII, mas dessa vez na França, o conceito de revolução adquiriu o significado que hoje conhecemos, representando aqui a inovação da ordem política, diferente de outrora, quando a palavra revolução era empregada no sentido de sua expressão originária, a saber, *revolutio*, brocardo latino que significa ato ou efeito de *revolvere*, girar, com o prefixo “re” indicando volta ao ponto de partida ou, de acordo com a análise em questão, o restabelecimento da ordem política.

A Revolução Francesa de 1789 foi um acontecimento marcante na história dos direitos humanos, tendo em vista ter coroado ideais iluministas defensoras do famoso tripé “igualdade, liberdade e fraternidade” entre os homens, sendo estes sujeitos de direitos inalienáveis. Inserido em tal contexto nasceu, pois, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, inspirada no direito norte-americano, findou o regime da monarquia absolutista e se mostrou detentora de força normativa desde o princípio, embora tenha sido publicada sem a sanção real, somente com a aprovação da assembleia. O caráter coercitivo da Declaração Francesa adveio das ideias pregadas por Sieyès e que refletiram na democracia atual, onde o poder emana da nação, figurando esta como poder constituinte, capaz de tornar obrigatório o cumprimento do texto legal.

Os preceitos “liberdade e igualdade” estiveram presentes tanto no cenário norte-americano quando da edição do Bill of Rights de Virgínia, de 1776, como na França, por meio da já citada Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, tendo a tríplice “liberdade, igualdade e fraternidade” atingido seu poderio positivista na Constituição Francesa de 1848, a segunda da república do Estado.

Sobre o século XIX e os episódios que culminaram na Constituinte Francesa de 1948, sabe-se que tal período foi marcado por revoltas de cunho social. Nas palavras de Comparato (2010, p. 179): No início de 1848 – o ano do *Manifesto Comunista* – um furioso vendaval político varreu a Europa Ocidental, ameaçando deitar por terra, em pouco tempo, o edifício conservador e imperial que o Congresso de Viena erigira em 1815. As palavras de ordem eram: nacionalismo, trabalho e liberdade. (Grifos do autor).

Durante o período que antecedeu a edição da Constituição de 1948, os operários urbanos estavam descontentes com os excessos capitalistas cometidos pela monarquia (o Rei Luiz Felipe de Orleans estava no trono desde 1830) e tal insatisfação se agravou mais com a fome no campo, consequência da terrível colheita de 1846-1847. O clamor “popular” incluía o fim da monarquia e a discussão acerca de direitos sociais, representado sobremaneira pelo direito ao trabalho. Após a convocação da assembleia constituinte e longos debates entre os membros que a integravam, surgiu o texto da Constituição Francesa de 1948 que, em seu artigo 13^o, instituiu direitos sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os necessitados em geral, iniciando, pois, o que viria a ser o “Estado do bem-estar social”, no século XX. (COMPARATO, 2010, p. 182).

Dando prosseguimento à breve análise do surgimento dos direitos humanos, tem-se o período referente à Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Este evento bélico, um dos conflitos mais letais de que se tem conhecimento na história da humanidade, ensejou a criação de um organismo internacional que pudesse evitar a repetição de eventos tão funestos quanto os do holocausto ou das bombas atômicas nas cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki. A guerra passou a ser entendida como meio ilegal de solução de conflitos.

Diante deste cenário, em 24 de outubro de 1945, na cidade norte-americana de São Francisco, no estado da Califórnia, surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU), à época composta por cinquenta e um países (entre eles o Brasil), e cujos objetivos podem ser extraídos da Carta das Nações Unidas:

Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;

2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos

povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;

3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e

4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

Dentro da ONU, estabeleceu-se que caberia à Comissão de Direitos Humanos a produção de um documento que versasse sobre os direitos inerentes à condição humana, visando a torná-los mais efetivos. Nesse contexto, surgiu em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, embora intitulada universal, sofreu abstenções por parte de alguns países que compunham a ONU à época, ante algumas diferenças de cunho sócio-econômico-cultural. Tal fato será melhor delineado em momento posterior.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos nasceu com força jurídica de recomendação, ou seja, partindo de uma perspectiva meramente formal ela não é coercitiva perante os membros da ONU, embora a atuação contrária a seu teor desperte severas críticas pela comunidade internacional.

O texto da Declaração de 1948 apregoa a defesa de direitos tidos como indisponíveis, que versam sobre a proteção da dignidade da pessoa humana, sob diversos prismas. Torna-se imprescindível destacar os arts. 2º e 3º da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, cujo texto segue abaixo:

Artigo II

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III

Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Ao utilizar de forma ampla a expressão “toda pessoa” como destinatária de suas

garantias, a Declaração prega o universalismo de sua atuação, uma vez que a norma se destina à “família humana”. Deste modo, esses direitos elementares devem ser respeitados por todas as nações, independentemente de raça, etnia, cor, ou outras características peculiares. Os indivíduos passam a ser enxergados como sujeitos de direito internacional, com garantias de respeito às condições elementares, como direito à vida, à liberdade e outras, presentes na Declaração de 1948, pelo simples fato de serem humanos.

Há que se destacar que, quando os direitos humanos são positivados nos ordenamentos jurídicos internos, a exemplo do que ocorreu no Brasil, surgem então os “direitos fundamentais” e estes, sim, são de observância obrigatória, nos sentidos formal e material.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe, em seu título II, disposições sobre direitos e garantias fundamentais. Seu art. 5º, *caput*, assinalava: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos”.

Conforme é possível perceber, a Carta Magna de 1988 adotou a mesma proteção aos direitos humanos prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, pregando, portanto, o caráter universal de tais garantias.

A Constituição Cidadã, como ficou conhecida a CRFB/88, elegeu, como um de seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, elencada no art. 1º, III da Carta Magna. Nestes termos, o Brasil se obriga, em respeito à Carta Magna, assim como aos tratados internacionais por ele firmados, a garantir a proteção e eficácia dos direitos fundamentais, que nada mais são do que direitos humanos positivados na ordem interna.

Sobre os direitos fundamentais, é possível retratá-los historicamente por meio das chamadas “gerações”². O tripé presente na Revolução Francesa³, a saber, liberdade, igualdade e fraternidade, deu ensejo à primeira, segunda e terceira geração, respectivamente.

Os direitos de primeira geração ou dimensão enfatizam o princípio da liberdade e culminam nos direitos civis e políticos. Foram

frutos das revoluções francesa e norte-americana ocorridas no século XVIII que, conforme já relatado, embasaram-se numa luta contra a monarquia e buscavam um Estado Liberal. Tal fato oportunizou o constitucionalismo moderno, segundo Bonavides (2010, p. 563). Tal geração apregoa uma atuação estatal negativa, ou seja, os direitos dos sujeitos à vida, à liberdade, à propriedade, à participação política, por exemplo, devem ser respeitados e o Estado deve abster-se de contrariá-los.

Já a segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais assegura o princípio da igualdade material entre os sujeitos, tendo como marco histórico referencial a Revolução Industrial ocorrida inicialmente na Inglaterra no século XIX. Os direitos ora defendidos correspondem aos direitos sociais, a exemplo da alimentação, saúde e educação. Nesta perspectiva, exigem-se do Estado atuações positivas, ou seja, políticas públicas que visem a suprir as necessidades da população no tocante às necessidades sociais.

Sobre o tema:

Os direitos de segunda dimensão produzem uma simbiose entre o Estado e a sociedade, propiciando que a igualdade saia da esfera formal e adentre na esfera material, garantido direitos a todos, principalmente àquela parte da população que é carente de recursos. (AGRA, 2012, p. 158).

A terceira geração ou dimensão de direitos fundamentais faz referência ao princípio da fraternidade. Destina-se à proteção dos sujeitos entendidos enquanto grupos sociais, detentores de direitos difusos ou coletivos, a exemplo do direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado, ao patrimônio artístico, histórico e cultural, à autodeterminação dos povos, dentre outros. Acerca desta geração de direitos, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

O direito à integridade do meio ambiente-típico direito de terceira geração- constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais- realçam o princípio

da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas- acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimentos dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de um essencial inexauribilidade. (MS 22.164-SP. Rel. Min. Celso de Mello).

Alguns autores explanam sobre a existência de quarta, quinta e até mesmo de sexta geração.

No tocante à quarta geração ou dimensão, não há consenso quanto ao conteúdo dessa espécie de direitos. Para Bobbio (op. cit., p.) “trata-se dos direitos relacionados à engenharia genética”. Já para Agra (op. cit., p. 159), é possível identificar como prerrogativa dessa dimensão “os direitos à informação, à participação política, à democracia participativa, etc.”. Paulo Bonavides (op. cit., p. 571) admite a existência dos direitos de quarta geração, sendo estes correspondentes, em sua concepção, ao direito à democracia, à informação e ao direito ao pluralismo.

A quinta geração ou dimensão dos direitos fundamentais é composta de “direitos pós-materiais e pós-democráticos, em que se busca analisar as implicações éticas decorrentes das pesquisas científicas, nas áreas de medicina e biologia”. (AGRA, op. cit., p. 160). Para Bonavides (op. cit., p. 579), a quinta geração diz respeito à busca pela paz.

A sexta geração é abordado por Agra (op. cit., p. 160) e refere-se aos direitos dos animais.

2. AS DISCUSSÕES INTERCULTURAIS: UNIVERSALISMO X RELATIVISMO

Em face dos inúmeros significados que uma mesma palavra pode adquirir a depender do contexto em que está inserida, cabe delimitar inicialmente em qual sentido será aqui empregada a palavra cultura. No Dicionário Aurélio, consta que a palavra cultura pode ser entendida como “ato, efeito ou modo de cultivar” ou como “o conjunto de características humanas que não são inatas, e que se criam e se preservam ou aprimoram através da comunicação e

cooperação entre indivíduos em sociedade” ou “o conjunto dos padrões de comportamento, das crenças, instituições, das manifestações artísticas, intelectuais, etc. de uma sociedade ou de uma época”. É sobre o prisma desses últimos dois conceitos que se desenvolverá este artigo.

No tocante à discussão acerca da aplicabilidade dos direitos dos homens, surgem duas correntes que se contrapõem em seus discursos; de um lado, tem-se o universalismo e, do outro, o relativismo. Cabe ressaltar que será necessária a análise sociológica destes institutos para fins de tornar compreensível seu cabimento na esfera jurídica, sobretudo legal.

Conforme explanado antes, os direitos humanos são assim chamados por causa de sua destinação, que se dá a todo e qualquer ser da raça humana, o que denota seu caráter universal. Defende Peces-Barba⁴ a existência de três planos referentes à universalização dos direitos humanos, sendo o primeiro deles o da titularidade, que diz respeito à raça humana. O segundo plano é o temporal, pois os homens possuem tais direitos em qualquer época da história e o terceiro e último, o plano cultural, pois na perspectiva universalista os direitos humanos incidem sobre todas as culturas humanas.

A corrente do universalismo defende, portanto, que os direitos humanos se aplicam a todos os sujeitos, independentemente da raça, cor, etnia, nacionalidade, etc., meramente pelo fato de pertencerem à raça humana. Cabível se torna o uso da premissa *jusnatural* de que, se todos os indivíduos possuem os mesmos direitos, as relações hierárquicas existentes entre os homens tendem a ser reduzidas.

Ressalte-se que desde meados do séc. XVIII o filósofo Kant⁵ defendia a existência de um direito civil universal, que estivesse acima das normas nacionais. Isto não implica suprimir a multiplicidade de Estados pela existência de um único deles, mas, sim, buscar uma resposta política e jurídica à interdependência factual e irreversível entre os Estados sobre a Terra, que é comum a todos.

Como todos os elementos da ciência humana, a corrente do universalismo não reina absoluta, sendo alvo de algumas críticas, a exemplo do fato de que a universalização dos direitos humanos foi utilizada como forma de imposição por parte dos países ocidentais sobre as demais culturas, em sentido colonialista. Esta

afirmação é justificada tendo em vista que a Declaração Universal dos Direitos dos Homens é produto de um organismo internacional de composição essencialmente ocidental, a saber, a ONU.

Nesse mesmo sentido, posiciona-se Boaventura de Souza Santos (p. 251, 2004):

Mas serão os direitos humanos universais enquanto artefato cultural, um tipo de invariante cultural ou transcultural, parte de uma cultura global? A minha resposta é não. Ainda que todas as culturas tendam a definir os seus valores mais importantes como os mais abrangentes, apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais.

Outra crítica ao universalismo é que a própria proteção aos direitos humanos mostrar-se-ia como uma “indisfarçável ingerência estrangeira (ocidental) nos assuntos domésticos internos, cuja consequência seria a imposição de valores com o consequente sacrifício da diversidade cultural”.

Confrontando o caráter universal dos direitos humanos, tem-se a corrente do relativismo cultural. Para fins de melhor compreensão, mister se faz uma breve análise da multiplicidade cultural.

Conforme sabido, a humanidade divide-se em diversos grupos e/ou sociedades, bem como que o conceito de certo ou errado é bastante maleável quando analisamos povos distintos, seja em razão da distância geográfica que os separa ou simplesmente por questões culturais. Dessa forma, hábitos que ora são tidos como comuns/corretos a um determinado povo, podem ser compreendidos como errados moral e legalmente em outra cultura. É possível citar como exemplo o fato de que o sujeito que pratica furto/roubo em alguns países muçulmanos como a Arábia Saudita, terá suas mãos decepadas como forma de punição, em cumprimento ao Código de Leis do Islamismo, mais conhecido como *Sharia*⁶. No território brasileiro, tal punição é nitidamente errada, tanto pela perspectiva legal, por ser contrária à normatividade vigente, como pelo prisma humanitário.

Decerto que tais divergências culturais refletiram no debate e, consequente admissão dos direitos humanos em caráter

universal pelos Estados que compunham a ONU da quando elaboração da Declaração Universal dos Direitos dos Homens. Este documento foi aceito por apenas uma parcela dos povos que ocupam o globo terrestre, tendo sido inclusive objeto de abstenção por parte de países integrantes da ONU à época, a exemplo daqueles que integravam o bloco soviético. Aliás, a divergência sobre a existência de normas de caráter universal não foi inaugurada com a edição da Declaração de 1948, pelo contrário, surgiu de forma concomitantemente à existência dos próprios direitos dos homens, conforme defende Heiner Bielefeldt (op. cit., p. 22).

Diante desse cenário, configurado por meio de diferentes visões de mundo pelos sujeitos em seu convívio social, surge o relativismo, corrente contrária ao universalismo e que, na compreensão de Barreto (2004, p. 285), abrange três vertentes no contexto social e filosófico contemporâneo, sendo elas: o relativismo antropológico, o relativismo epistemológico e o relativismo cultural. A primeira defende a diversidade cultural e serve de base para os demais tipos. A segunda, por sua vez, defende a impossível missão de se produzir um discurso ético composto de características universais. Já a terceira apregoa que homogeneizar os direitos dos indivíduos é ir de encontro às peculiaridades que caracterizam suas culturas e, por isso, as diferenças culturais devem ser respeitadas já que aquilo que soa comum a uma coletividade pode não ser aceitável em outra.

Nesse sentido, a multiplicidade cultural ganha força e os indivíduos são compreendidos como sujeitos de direitos nacionais, devendo seus hábitos, normas e cultura serem respeitados pelos demais indivíduos que não compartilham de seus preceitos, não devendo haver interferência destes agentes externos até mesmo em possíveis descumprimentos dos direitos humanos.

A GLOBALIZAÇÃO SOB A ÓPTICA SÓCIO-CULTURAL E SUA INFLUÊNCIA NA APLICABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

O termo globalização abrange uma pluralidade de significados e isto se deve ao fato de se tratar de um conceito nuclear das ciências sociais, conforme defendem Held e McGrew (2001, p. 11). Embora a vertente econômica da globalização⁷ seja a retratada mais comumente nos estudos acadêmicos, o presente texto visa

a abordar a definição mais voltada para as dimensões sociais, políticas e culturais.

Através de tal perspectiva, a relativização das distâncias geográficas ocasionada pelo avanço tecnológico possibilitou ao homem alcançar espaços outrora inimagináveis. As grandes navegações iniciadas em Portugal e na Espanha entre os séculos XV e XVI trouxeram significativas mudanças sócio-culturais para os colonizadores e, sobretudo, para os colonizados. O “choque” cultural se deu de forma intensa e, neste contexto, surgem os debates sobre as intervenções interculturais que os povos hegemônicos passaram a exercer sobre os demais.

No sentido aqui adotado, a globalização sócio-política-cultural pode ser entendida como o “processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival”. SANTOS (op. cit, p. 244)

Desta forma, o avanço das tecnologias e consequente irrelevância das distâncias geográficas entre as nações propiciaram fusões interculturais, na maioria das vezes admitidas de forma vertical, figurando as nações mais abastadas no topo da relação, porquanto as demais se limitaram a “receber” as influências daquelas. Uma das faces da relação hierárquica ora retratada consiste na concepção de alguns nacionais que valorizam demasiadamente a cultura estrangeira em detrimento da sua (de origem). A ideia de que os elementos culturais estrangeiros são mais relevantes do que a produção local está presente, sobretudo, nas nações ditas subdesenvolvidas, a exemplo do Brasil.

No cenário interno dos Estados também é possível perceber os efeitos da sobreposição de uma cultura à outra, como um dos efeitos da globalização. Tem-se como exemplo as cisões de grupos regionais no Brasil, como aquela que ocorre entre nordestinos e sulistas. Uma rápida observação do cenário nacional revela que estes se sentem “superiores” perante aqueles, sobretudo por seu avanço econômico, o que tende a ensejar excessiva valorização dos hábitos do Sudeste, por meio da qual seus regionais são erroneamente entendidos como detentores de uma cultural “melhor”, “mais evoluída”, como se tal parâmetro fosse compatível com a essência das culturas, cujo conceito já foi discutido. Sobre

os aspectos negativos que são frequentemente atribuídos à identidade nordestina:

As expressões paraíba, baianos, cabeças-chatas, usadas para nomear migrantes nordestinos instalados em outras regiões, mas, sobretudo, no Sul e no Sudeste do Brasil, carregam uma forte carga de preconceito, discriminação e de exclusão. As personagens, em geral caricaturais, que representam pessoas do Nordeste, em diversas novelas de televisão, inclusive com um pretenso sotaque nordestino situam-se nesse mesmo universo do diferente, do exótico e do atraso. (BERNARDES, 2007, p. 42)

É compreensível que alguns sujeitos detentores de poucas influências perante os demais e, por isso, subjugados, tendem a combater a presença de elementos externos em seu meio, seja para afastar o sentimento de submissão, seja garantir a preservação de seus hábitos locais.

Da problemática surge o discurso de “preservação cultural”, utilizado como instrumento de manutenção de poderio da camada social mais favorecida no seio local, por fatores políticos, econômicos, religiosos, resultando num coercitivo cumprimento de atos que por vezes, violam os direitos humanos e não são desejados pelos demais integrantes do grupo.

Sobre o tema, Barreto (2009, op. cit., p. 286):

Os movimentos de afirmação dos direitos humanos, para o qual convergem indivíduos e grupos sociais, excluídos dentro do seu próprio grupo social, evidenciam como em situações socialmente injustas e excludentes o recurso aos valores expressos por essa categoria de direitos constituem um mínimo moral comum a todas as sociedades.

Dentro desta perspectiva, surge o caso dos homicídios de crianças indígenas praticados em algumas tribos brasileiras, a *contrario sensu* inclusive da vontade dos pais das crianças, que se vêem obrigados a ceifar a vida de sua prole em nome da “preservação cultural” de seu povo, conforme será discutido adiante.

3. OS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS E SUA CULTURA

Torna-se imperioso, *a priori*, fazer uma breve análise da interferência cultural sofrida pelos índios quando da colonização europeia em solo brasileiro, no séc. XVI. Após a chegada dos portugueses, os integrantes das tribos indígenas foram interpretados como sujeitos rudes, sem educação, cujos hábitos e costumes fugiam ao padrão do que era entendido como normal, à época, pelos europeus. Movidos principalmente pelo interesse econômico na região, os “estrangeiros” iniciaram um processo de imposição de seus hábitos e costumes aos nativos. Para tanto, levantaram por vezes um discurso por de cunho religioso, por meio do qual sustentavam que o processo de “civilização” salvaria as almas dos índios, ação amplamente desenvolvida pelos jesuítas por meio das catequeses.

Aqueles grupos indígenas que mantiveram contato com os portugueses foram incorporando os hábitos dos estrangeiros aos seus, a exemplo do uso de vestimentas pelos índios. Por outro lado, costumes nativos passaram a ser observados pelos europeus como o banho diário. Embora tenha havido uma fusão de hábitos dos nativos com elementos externos, as imposições estrangeiras preponderaram sobre as indígenas, ante a intenção mercantilista que direcionou as ações dos portugueses. A bem dizer, houve uma subjugação da cultura e da liberdade da população indígena, que enfrentou também a perda territorial em detrimento do avanço hierárquico estrangeiro.

Após séculos de reprimenda para com os índios e, em consonância com o ideário internacional de relevância dos direitos humanos, inicialmente os correspondentes à primeira geração⁸, o Estado brasileiro iniciou uma política de proteção a estes povos.

A Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, mais conhecida como Estatuto do Índio, tem como objetivo promover a preservação da cultura indígena, bem como integrá-los, progressiva e harmoniosamente à comunhão nacional, segundo dispõe seu art. 1º, *caput*. Para fins de melhor definir os beneficiários da supracitada legislação, o Estatuto traz os seguintes conceitos:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

- I - Índio ou Silvícola – É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;
- II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal – É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados.

Embora tais definições abordem de forma genérica o sujeito enquanto indígena, elas se mostram como elementos relevantes no tocante ao processo de surgimento de políticas protecionistas, já que, pela primeira vez, o legislador se preocupou em delimitar quem seria entendido como indígena, para assim estabelecer igualmente quem seria detentor dos direitos a ele reservados.

Acerca de tais direitos, a promulgação da CRFB/88 foi decisiva para a concretização destas garantias. O art. 231, *caput*, da Carta Magna reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. A preservação ora narrada abrange os elementos culturais, sociais e econômicos das comunidades indígenas, estes últimos no tocante à proteção territorial.

A CRFB/88 assegura, por meio de seu art. 232, a capacidade processual dos índios, das comunidades e de suas organizações, garantindo que esses sujeitos possam acionar o Judiciário a fim de salvaguardar seus direitos, quando estes restarem lesionados ou houver ameaça de lesão.

Quando da ocorrência de uma problemática que enseja atuação jurisdicional para preservação dos direitos indígenas, um dos elementos que comumente é levado em consideração se refere ao grau de contato da comunidade indígena com os não-indígenas, também denominados por alguns estudiosos como “civilização”.

Sobre o tema, o Estatuto do Índio⁹ traz três tipos, que resultam nas seguintes classificações:

Art 4º Os índios são considerados:

- I - Isolados – Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;
- II - Em vias de integração – Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;
- III - Integrados – Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Para fins do presente texto, ressaltar-se-ão as comunidades indígenas correspondentes ao inciso I do artigo acima citado, ou seja, aquelas que, contrariando o fenômeno da globalização outrora debatido, mantêm-se alheias ao convívio com sujeitos não-indígenas ou não partilham dos elementos provenientes de uma comunhão nacional.

4. O HOMICÍDIO DE CRIANÇAS INDÍGENAS NAS TRIBOS BRASILEIRAS: CRIME OU ELEMENTO CULTURAL

A priori, cabe ressaltar que os estudos sobre a prática do homicídio de crianças indígenas por tribos brasileiras utilizam frequentemente o termo “infanticídio” para designar tal prática. Ocorre que, em uma linguagem não técnica, mais coloquial, as expressões “homicídio infantil” e “infanticídio” podem parecer sinônimas. Quando, porém, se analisam seus significados sob um prisma técnico, sobretudo jurídico, elas adquirem sentidos completamente diversos, conforme será demonstrado.

O termo “infanticídio” deriva do latim *infanticidui*, que significa morte daquele que acabou de nascer ou se encontra nessa iminência¹⁰. Dispõe o art. 123 do Código Penal:

Art. 123- Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

A vítima do infanticídio é, por conseguinte, a criança que está na iminência de nascer ou que é recém-nascida, sendo sua mãe a figura ativa¹¹ do crime¹².

Em caso de assassinato de crianças que já ultrapassaram a fase do neonato, sendo estas compreendidas como “pessoas até doze anos incompletos”, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o crime praticado será o de homicídio, nos termos do art. 121, do CP¹³.

Conforme sabido, o regime jurídico previsto no Código Penal tem aplicabilidade em todo o território brasileiro e, em alguns casos, fora dele¹⁴. Em regra, aquele que pratica um crime em território nacional estará sujeito às sanções previstas no Decreto-Lei 2.848/1940.

Ocorre que o texto constitucional previu proteção aos povos indígenas no tocante à preservação de seus elementos culturais, sociais e econômicos, nos termos do art. 231 da CRFB/88. Quando um indígena pratica um ato sob motivação cultural¹⁵, mesmo que tal prática constitua ilícito penal, não será possível ao Estado aplicar-lhe as sanções previstas no Código Penal. Os indígenas estariam, pois, submetidos a um regime jurídico criminal paralelo, cuja compreensão se mostra por vezes contraditória. Embora tal regime tenha surgido com fins de preservar os povos indígenas, em algumas situações sua defesa vai de encontro à perspectiva universal dos direitos humanos.

Para fins de exemplificação, ressalta-se o infanticídio e homicídio de crianças indígenas praticados em algumas tribos brasileiras, a exemplo da suruwaha, localizada na parte oeste da Região Amazônica.

Antes de adentrar na análise minuciosa do caso, ressalte-se que, para evitar o uso constante dos termos infanticídio e homicídio de crianças no presente estudo, far-se-á uso somente deste último, tendo em vista sua natureza mais abrangente, a incluir o assassinato daqueles que estão na iminência de nascer, dos recém-nascidos e das crianças até doze anos incompletos.

Dito isso, retorna-se à tribo “suruwaha” que vive reclusa do mundo dito “civilizado”¹⁶ e, por tais motivos, possui costumes e hábitos bem peculiares. Além da supervalorização ao suicídio¹⁷, registre-se que, quando uma criança da tribo nasce ou apresenta ao longo

de seu desenvolvimento alguma deficiência, a comunidade exige que os responsáveis pelo menor o matem.

Cabe destacar que, para os “suruwahas”, a existência de alguma anomalia na criança (seja recém-nascida ou não) possui conotação espiritual, pois eles creem que isso significa a presença de “maus espíritos”. A única maneira de impedir que tal fato recaia sob forma de “maldição” sobre toda a tribo é eliminando a vida da criança.

Um dos casos que se tornou conhecido no cenário nacional e que incitou a discussão sobre os limites jurídicos e culturais do homicídio de crianças nas tribos indígenas foi a história da menina Hakani, nascida na já citada tribo suruwaha em 1995. A menina nasceu sem apresentar problemas aparentes mas, aos dois anos, não se desenvolveu da mesma forma que as demais crianças de sua tribo. Por não conseguir falar e andar, sua tribo acreditou que a menina estaria “amaldiçoada” e, por isso, seus pais foram coagidos a matá-la.

Por discordarem desta atitude, os genitores da criança cometeram suicídio ingerindo timbó, uma planta venenosa típica na região amazônica. A responsabilidade para eliminar a vida de Hakani passou então a seu irmão mais velho, Aruaawaji, que a enterrou viva¹⁸. A menina resistiu e foi retirada ainda com vida por Bibi, seu outro irmão, que passou três anos cuidando dela conforme era possível. Entretanto, em face da crença cultural, Hakani foi excluída do convívio social de sua tribo e passou a sobreviver com restos de comida e água que o irmão lhe conseguia. Após o quinto aniversário da criança, seu irmão Bibi a entregou a Edson Suzuki e sua esposa Márcia, missionários que trabalhavam com a tribo desde 1986. O casal, após obter autorização da tribo, da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) e da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) para tratar Hakani fora do território indígena, a levou a diversos centros médicos onde descobriram que a “maldição” que recaiu sobre a menina e que impedia seu desenvolvimento era, na verdade, hipotireoidismo congênito, doença tratável que afeta, entre outras coisas, a produção de hormônios do crescimento. Após o devido tratamento, a menina aprendeu a falar (Hakani não sabia o idioma de sua tribo suruwaha porque estes a ignoravam) e demonstrou consideráveis melhoras em seu estado de saúde.

O casal de missionários Edson Suzuki e Márcia ingressou judicialmente com o pedido de adoção da menina Hakani e, após travar diversas batalhas¹⁹, logrou êxito, passando a menina a responder por Ana Hakani dos Santos Suzuki.

Após a veiculação do caso “Hakani” em jornais de circulação nacional²⁰, bem como por meio do documentário que narra a história da menina²¹, acendeu-se o debate acerca da posição estatal que seria mais coerente frente ao caso do homicídio de crianças indígenas, sustentado então pelo discurso de “preservação cultural”.

Como reflexo desta discussão, surgiu em 2008 a Proposta de Emenda à Constituição nº 303, de autoria do então deputado Pompeu de Mattos (PDT-RS), que defendia a alteração do art. 231 da Carta Magna²². Este dispositivo reconhece aos índios o direito de preservar sua cultura, incluindo aqui os costumes, ritos e crenças. A PEC em debate então propôs que as ações indígenas fossem condicionadas ao exercício do direito à vida, sendo este inviolável nos termos da própria CRFB/88, em seu art. 5º, *caput*.

O autor da PEC nº 303/2008 alegou que, tendo a Carta Magna previsto o direito de preservação à cultura indígena sem estabelecer quaisquer limites quando da redação do art. 231, o cerne do ordenamento jurídico pátrio estaria sendo conivente com a prática de homicídio em contexto étnico-cultural específico, tal como o praticado contra crianças. Dita PEC propunha a alteração do art. 231 nos seguintes termos:

Artigo 231 – São reconhecidos aos índios, respeitadas a inviolabilidade do direito à vida nos termos do art. 5º desta Constituição, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (Grifos nossos).

O texto, porém, foi entendido pelo relator, o deputado Regis de Oliveira, como atentatório às cláusulas pétreas, mais especificamente aquela prevista no art. 60, § 4º, inciso IV da CRFB/88, que impede quaisquer alterações no texto constitucional tendentes a abolir os direitos e garantias fundamentais. Nas palavras de Regis de Oliveira²³: “O presente projeto viola direito essencial assegurado aos índios de viverem de acordo com seus costumes, crenças e tradições, sem sofrer interferência da cultura dos outros povos, consagrado no art. 231, da Constituição

Federal”. A PEC nº 303/2008 encontra-se arquivada na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Para os grupos indígenas, sobretudo para os que vivem isolados, ante a maior divergência de hábitos para com os sujeitos não-indígenas, aplica-se o princípio da autodeterminação dos povos. Este instituto rege o Estado brasileiro em suas relações internacionais nos termos do art. 4º, III da CRFB/88²⁴, bem como é utilizado na esfera interna do país como forma de tutelar os direitos dos povos indígenas.

O Brasil adotou tal posicionamento em consonância com o ideário internacional, defendido, mormente pela ONU, por meio da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Este documento prevê em seu art. 3º: “Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.

A Declaração da ONU que versa sobre os povos indígenas estabelece, como consequência da autodeterminação já mencionada, o direito à autonomia ou ao autogoverno que detêm os índios nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, de acordo com o art. 4º do referido texto legal.

A bandeira do relativismo cultural²⁵, apregoada na seara dos direitos humanos, encontra guarida nas legislações nacionais e internacionais referentes aos povos indígenas. Ambas prevêem a não interferência da comunidade não-indígena ou do próprio Estado na organização econômica-social ou cultural própria dos índios.

Embora o ordenamento jurídico pátrio tenha admitido a defesa dos direitos indígenas consistente na preservação de sua cultura por meio de uma perspectiva relativista, o tema não possui admissão pacífica. Posições contrárias questionam até que ponto a atuação do Estado brasileiro em permitir/ignorar a ocorrência dos homicídios de crianças indígenas não estaria contrariando o ideário universal dos direitos humanos, presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁶, do qual o Brasil é signatário e admitido igualmente pela CRFB/88, exteriorizado sob a forma de direito fundamental à vida (art. 5º da Carta Magna). Ademais, é possível encontrar, no texto da Declaração Universal sobre os

direitos indígenas, documento utilizado como fundamento de defesa do relativismo cultural, dispositivo legal que prevê cuidados com crianças indígenas deficientes, mais especificamente seu art. 22, abaixo transcrito:

Artigo 22:

1. Particular atenção será prestada aos direitos e às necessidades especiais de idosos, mulheres, jovens, crianças e portadores de deficiência indígenas na aplicação da presente Declaração.
2. Os Estados adotarão medidas, junto com os povos indígenas, para assegurar que as mulheres e as crianças indígenas desfrutem de proteção e de garantias plenas contra todas as formas de violência e de discriminação.

Em consonância com a preservação do direito à vida, inclusive pelas tribos indígenas, o deputado Henrique Afonso (PV-AC) propôs o Projeto de Lei nº 1057/2007²⁷ que dispõe sobre o combate às práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Quando da justificação do Projeto de Lei supracitado que ficou conhecido como “Lei Muwaji”²⁸, seu autor alegou:

A presente proposição visa a cumprir o disposto no Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990, que promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual, além de reconhecer o direito à vida como inerente a toda criança (art. 6º), afirma a prevalência do direito da criança à saúde, em caso de conflito com as práticas tradicionais, e a obrigação de que os Estados-partes repudiem tais práticas.

Prevê o art. 1º do Projeto de Lei nº 1057/2007:

Art. 1º. Reafirma-se o respeito e o fomento a práticas tradicionais indígenas e de outras sociedades ditas não tradicionais, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos humanos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal e internacionalmente reconhecidos.

O que se objetiva é salvaguardar direitos inerentes à condição humana, numa perspectiva universal dos direitos humanos, a exemplo do direito à vida, em detrimento da preservação de elementos culturais indígenas. Por conseguinte, são elencados no art. 2º do Projeto de Lei nº

1057/2007 os atos culturais então considerados atentatórios aos direitos fundamentais:

Art. 2º. Para fins desta lei, consideram-se nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como

- I. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores;
- II. homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla;
- III. homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais;
- IV. homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero;
- V. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão;
- VI. homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo;
- VII. homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais;
- VIII. homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo;
- IX. homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição;
- XI. Abuso sexual, em quaisquer condições e justificativas;
- XII. Maus-tratos, quando se verificam problemas de desenvolvimento físico e/ou psíquico na criança.
- XIII. Todas as outras agressões à integridade físico-psíquica de crianças e seus genitores, em razão de quaisquer manifestações culturais e tradicionais, culposa ou dolosamente, que configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional.

Destarte, o Projeto de Lei nº 1057/2007 reafirma o direito à preservação cultural pelos povos indígenas, mas condena práticas que atentem contra o direito fundamental à vida. Protege, desse modo, a parcela dos índios que

não concordam com os “ritos” de sua tribo, uma vez que possibilita amparo legal expresso. Tal ideia é de imprescindível relevância para a manutenção do direito à liberdade de escolha por parte dos índios, já que atualmente aqueles que não concordam com algumas práticas culturais de seu povo (a exemplo do homicídio de crianças) enfrentam diversas barreiras legais e burocráticas para expressarem sua vontade. Se uma mãe indígena, por exemplo, não concordar em matar seu filho porque este nasceu com alguma deficiência, ela terá que obter junto à tribo e depois à FUNAI e FUNASA autorização para retirar sua criança do território indígena a fim de que ele receba tratamento médico adequado²⁹. Em alguns casos, também haverá a necessidade de autorização judicial.

Após ter sido aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ), o Projeto de Lei nº 1057/2007 encontra-se na pauta de decisão da Câmara dos Deputados; se aprovado, segue para o Senado Federal e, na hipótese de recepção positiva, será encaminhado à Presidente da República, para sua sanção ou veto.

Conforme demonstrado, existem no ordenamento jurídico pátrio posições diversas em relação ao homicídio de crianças cometido por tribos indígenas no Brasil. De um lado, a submissão dos indígenas a um regime jurídico criminal paralelo enseja a não punição destes pela prática de atos entendidos como ilícitos, quando a motivação desta prática se dá em face de elementos culturais. Nessa linha de pensamento, a corrente relativista dos direitos humanos defende a não interferência estatal ante a preservação da cultura dos índios, com representatividade legislativa expressa quando do arquivamento da PEC nº 303/2008. Há de se considerar igualmente a observância ao princípio da autodeterminação dos povos (art. 4º, III da CRFB/88; art. 3º da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas) e os direitos constitucionais conferidos aos indígenas acerca da sua preservação cultural (art. 231 da CRFB/88).

Destaque-se que os índios não são inimputáveis absolutamente. É dizer, os silvícolas não responderão nos termos do Código Penal quando a prática por eles cometida se fundamentar em elementos de sua cultura. Se, porém, os atos ilícitos praticados por indígenas tiverem quaisquer outras motivações, sobre eles

recairá o regime jurídico criminal do CP. Seguem jurisprudências de crimes nos quais indígenas figuram como autores:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME PRATICADO POR ÍNDIO. AUSÊNCIA DE INTERESSES INDÍGENAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA 140/STJ. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência dominante, conferindo interpretação extensiva ao art. 109, inciso XI da CF, pacificou o entendimento de que os todos feitos que versem sobre a cultura indígena, bem como acerca de disputas de interesses da comunidade, competem à Justiça Federal. 2. As circunstâncias do crime no caso concreto não revelam nenhum tipo de direito indígena, já que se trata de ilícito comum, apenas com a peculiaridade de ter sido praticado por um indígena; ausente interesse da União, a competência para processar e julgar o crime é da Justiça Estadual, não havendo o que se falar em nulidade. 3. Ausente o envolvimento de direitos indígenas, incide o enunciado 140 desta Corte, segundo o qual compete a Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima. 4. Ordem denegada, em que pese o parecer ministerial (STJ - HC: 87422 AC 2007/0171159-4, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 24/11/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2008)

PROCESSUAL PENAL: CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO POR ÍNDIO CONTRA OUTRO ÍNDIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AUSÊNCIA DE DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS. CRIME QUE NÃO FOI PRATICADO EM DETRIMENTO DE BENS. SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO FEDERAL OU DE SUAS ENTIDADES AUTÁRQUICAS OU EMPRESAS PÚBLICAS. CRIME COMUM. MOTIVAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. I - Emerge dos autos que o crime perpetrado não envolveu disputa sobre direitos indígenas (artigo 109, XI, da CF), tampouco foi praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (artigo 109, IV, da CF). II - Trata-se de homicídio praticado por índio contra outro índio, por razões de “disputa pessoal”, configurando um crime comum. III - Predomina hoje no Colendo Supremo Tribunal

Federal o entendimento de que a competência da Justiça Federal não deve abranger crimes comuns, praticados ou sofridos pelo indígena, que não possuam ligação com os direitos tradicionais dos silvícolas, elencados no art. 231 da CF. IV - No caso em tela depreende-se que o crime teve por motivação a recusa da vítima em manter relações sexuais com o acusado, que ferido em seu orgulho e com receio de que ela relatasse os fatos aos demais, acabou por tirar-lhe a vida e a vida do filho que carregava no ventre, inexistindo qualquer conflito que pudesse deslocar a competência do feito para a Justiça Federal (Súmula 140 do STJ). V - Não se pode atribuir caráter de delito contra serviço da União pelo simples fato de um índio aparecer como agente, ou como vítima do crime, ainda que ocorrido nos limites de seu habitat, circunstância que, por igual, se mostra irrelevante para a fixação da competência. Igualmente não se pode atribuir ao crime, em si, o caráter de disputa, não obstante possa essa resultar em crime. VI - O vocábulo, como empregado no inciso XI do artigo 109, da CF ("disputa sobre direitos indígenas") tem o sentido de litígio, lide, conflito, só podendo compreender, por isso, as causas que envolvam os direitos dos silvícolas tutelados pela FUNAI, não sendo esta a hipótese dos autos. VII - Afigura-se irrelevante que o fato tenha ocorrido nos limites da reserva indígena pois, como visto, o elemento fixador da competência da justiça federal é o motivo do conflito que deu ensejo à prática criminosa. In casu, restou evidenciado tratar-se de delito comum, isolado, que não configura "disputa sobre direitos indígenas", razão pela qual, revela-se irretorquível a decisão que deu por competente o Juízo Estadual. VIII - Reconhecida a competência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito. IX - Recurso improvido. (TRF-3 - RCCR: 8144 SP 2000.61.81.008144-2, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, Data de Julgamento: 24/05/2005, SEGUNDA TURMA)

Dito isto, passemos à análise da perspectiva universal dos direitos humanos no tocante ao homicídio de crianças indígenas motivados por elementos culturais. O universalismo entende que a preservação cultural possui como limite o exercício de direitos fundamentais, em especial o direito à vida, donde se conclui que as práticas culturais indígenas devem sofrer restrições por parte do Estado quando culminarem em atentados a direitos fundamentais. Nessa linha

de raciocínio tem-se o texto do Projeto de Lei nº 1057/2007.

Diante deste cenário e, tendo em vista a complexidade do tema referente à prática do homicídio de crianças indígenas por tribos brasileiras, entende-se não haver solução ímpar para fins de dirimir os conflitos existentes. Infere-se que a interpretação intermediária entre aquilo que propõem as correntes do relativismo e universalismo parece ser a que melhor atende ao caso em debate.

Partindo do protecionismo da cultura indígena admitido pelo texto constitucional (art. 231 da CRFB/88) e do princípio da autodeterminação dos povos (art. 4º, inciso III da CRFB/88 e art. 3º da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas), tem-se a consequente admissão da existência de um regime jurídico criminal paralelo aplicado aos indígenas. Na hipótese de um índio praticar um ato tido como ilegal pelo Código Penal, tendo tal prática sido motivada em elementos culturais, o indígena não será submetido a sanções penais. Tal fato se justifica porque o Código Penal surgiu para tutelar as ações de uma sociedade com hábitos, costumes e cultura diversos daqueles praticados por comunidades indígenas isoladas. E, em face da multiplicidade cultural, não há como apontar as culturas "certas" e "erradas", não sendo possível ao Estado adentrar em território indígena para efetuar a prisão daqueles que tenham praticado o homicídio de crianças embasados em costumes locais.

Por outro lado, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CRFB/88) e do direito à vida (art. 5º, caput da CRFB/88; art. 1º, inciso III da Declaração Universal dos Direitos Humanos), infere-se que aqueles indígenas que não concordem com tais homicídios devam receber condições dignas para manterem seu posicionamento e, sobreviver fora da tribo. Para tanto, é necessário que o Estado ofereça assistência médica física e psicológica e, sobretudo, promova a desburocratização do sistema referente à saída dos indígenas de seus territórios, assim como a facilitação do processo de adoção de crianças indígenas condenadas à morte por questões culturais, seja por famílias indígenas ou não indígenas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo visou a discutir um dos temas que permeia a sociedade brasileira

há séculos e que tem sido objeto de debates acalorados nos últimos tempos, em face do destaque que alcançou o discurso dos direitos humanos no cenário sócio-político nacional e internacional (este último sob uma perspectiva preponderantemente ocidentalizada).

Após a promulgação da CRFB/88, os direitos humanos ganharam notoriedade no ordenamento jurídico pátrio e, por meio, sobretudo, do art. 5º da Carta Magna, o caráter universal destas prerrogativas restou expresso na legislação brasileira. Os direitos à vida, à liberdade, dentre outros, passaram a ser vistos como direitos fundamentais a todos os sujeitos, independentemente de raça, etnia ou cor, em face tão somente de sua condição humana. Nessa mesma perspectiva universalista, versa a legislação internacional, por meio da Declaração Universal dos Direitos dos Homens.

Ainda sobre os direitos dos homens: as liberdades e garantias individuais configuram o que se denomina primeira geração ou dimensão dos direitos humanos. E foi com base nestes direitos que a CRFB/88 previu elementos protecionistas aos costumes e culturas indígenas, expressos em seu art. 231, uma vez que, partindo da perspectiva do relativismo cultural, a multiplicidade de elementos culturais deve ser respeitada. As normas de caráter internacional também versaram neste sentido sobre os direitos indígenas, a exemplo da Declaração Universal sobre os direitos indígenas, da ONU, que prega a autodeterminação dos povos indígenas. Tal norma se refletiu na legislação interna, que, por seu turno, previu este mesmo elemento como princípio regente das relações internacionais (art. 4º, inciso III da Carta Magna).

Nesse contexto, surge a problemática referente ao homicídio de crianças indígenas por tribos brasileiras isoladas. Conforme sabido, tal prática está presente no cenário nacional há muito tempo, sobretudo quando se considera que a existência destes povos e, conseqüentemente de sua cultura, é milenar. Foi com a midiática do “caso Hakani” que este tema ganhou notoriedade e passou a ser discutido em âmbito acadêmico de forma mais incisiva.

Uma leitura superficial do texto da CRFB/88 poderia ensejar a ideia da existência de contradições. A Carta Magna assegura a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e o direito à vida (art. 5º, caput) como princípio da

nação e direito fundamental, respectivamente. Ao promover o protecionismo da cultura indígena sem estabelecer limites, nos termos do art. 231, a CRFB/88 permite que os índios pratiquem atos atentatórios aos direitos supracitados, se o ato se embasar em elementos culturais.

Analisando a problemática que ensejou este artigo, a saber, o homicídio de crianças indígenas praticado por tribos brasileiras sob o prisma legal, tem-se que o Poder Legislativo já se manifestou por duas vezes quanto ao tema. A PEC 303/2008 defendia a alteração do teor do art. 231 da CRFB/88 no sentido de que a preservação cultural indígena assegurada por este dispositivo fosse limitada ao exercício do direito à vida. A referida proposta restou arquivada, pois os legisladores entenderam que os direitos dos indígenas de preservarem seus hábitos, costumes e culturas constituem direitos e garantias fundamentais, previstos como conteúdo inalterável da Carta Magna, de acordo com o art. 60, § 4º, inciso IV. Por tal motivo, não seria possível ao poder constituinte derivado alterar tema de competência do poder constituinte originário.

Já o Projeto de Lei nº 1057/2007 (Lei Muwaji) reafirma os direitos dos indígenas em preservar sua cultura, sempre que estas estejam em conformidade com os direitos humanos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal e internacionalmente reconhecidos. O referido projeto de lei declara como nocivas as práticas tradicionais indígenas que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tendo como destaque o infanticídio. O projeto em questão foi aprovado na CCJC e segue para o Pleno da Câmara dos Deputados.

Diante da complexidade da problemática do homicídio de crianças indígenas por tribos nacionais, apresenta-se como solução mais viável a defesa de um discurso intermediário entre as correntes do relativismo e universalismo culturais no âmbito dos direitos humanos. A atividade estatal deve assegurar aos índios a preservação de sua cultura em respeito ao teor do art. 231 da CRFB/88 e, como conseqüência disto, ressalta-se a existência de um regime jurídico criminal paralelo para com os índios. Não significa que os indígenas estejam isentos de punições estatais em quaisquer circunstâncias, mas sim que a prática de atos motivados por costumes, hábitos, ou seja, por elementos culturais próprios de seu povo, não submete os

silvícolas às penas previstas no Código Penal. O Estado não pode intervir diretamente nas áreas indígenas e promover a prisão dos índios que tenham praticado homicídio de crianças em suas tribos, ressaltando-se mais uma vez, desde que a motivação seja de caráter cultural.

Isso se justifica pelo fato de que a sociedade para a qual se destinou o Código Penal, quando de sua elaboração, é formada por valores sociais e culturais diversos daqueles que compõem o cenário social das tribos indígenas que vivem isoladas.

Em respeito, porém, ao caráter universal dos direitos humanos, retratados no ordenamento jurídico nacional, sobretudo pelo art. 5º da CRFB/88, constituído por 78 (setenta e oito) incisos que retratam os direitos dos sujeitos em diversas esferas, é imprescindível que aqueles índios que não concordem com tais práticas tenham amparo do Estado brasileiro para negar a tradição de seu povo, em respeito ao direito à

vida. Para tanto, é imprescindível que políticas públicas priorizem a desburocratização dos órgãos responsáveis pela tutela dos direitos indígenas, a exemplo da FUNAI, em especial no tocante ao apoio e infra-instrutora ofertada para que os índios que discordarem da prática do homicídio de suas crianças possam buscar tratamentos médicos para elas. Também é necessário que a política de adoção de crianças indígenas que tenham seu direito à vida ameaçado, em face às práticas culturais de seu povo, seja revista, com fins de tornar o processo mais célere.

Ante a relevância da temática do homicídio de crianças indígenas nas tribos brasileiras, embora se tenha aqui adotado uma posição, não se deve tê-la como única solução viável. É necessária a continuidade desse debate para observar todas as possibilidades que visem a estabelecer o máximo de equilíbrio entre as práticas estatais, o teor do texto constitucional e os direitos internacionalmente reconhecidos.

REFERÊNCIAS

- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. Tradução de Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 de dezembro de 2013.
- _____. Decreto Lei nº 19.841 de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm> Acesso em 08 de dezembro de 2013, às 10h.
- _____. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 15 de dezembro de 2013, às 09h30m.
- _____. Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm> Acesso em 12 de janeiro de 2014, às 21h.
- _____. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 11 de dezembro de 2013, às 23h.
- _____. Projeto de Lei nº 1057 de 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=459157&filename=PL+1057/2007> Acesso em 16 de janeiro de 2014, às 19h.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos Direitos Humanos*. Instituto de Estudos avançados – IEA, Universidade de São Paulo – Volume 30 – São Paulo – 1997. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf/comparato_fundamentos_dh.pdf>
- DIÓGENES JR, José Eliaci Nogueira. *Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?* In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em 01 de fevereiro de 2014.
- GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 65.
- HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pp. 11-13. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?hl=en&lr=&id=wkhwJCcOwAQC&oi=fnd&pg=PA7&dq=conceito+globaliza%C3%A7%C3%A3o&ots=V0bCq0AuAW&sig=GoMataarVGMyYo3zzJWCbzNwMR0#v=onepage&q=conceito%20globaliza%C3%A7%C3%A3o&f=false>> Acesso em 28 de janeiro de 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 164.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas*. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- REIS, Marcus Vinícius. *Multiculturalismo e direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/spol/pdf/ReisMulticulturalismo.pdf>> Acesso em 11 de janeiro de 2014, às 22h.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos*. In: BALDI, César Augusto. (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004.
- SOUZA, Kariny Teixeira; SANTOS, Márcio Martins. *Morte Ritual: reflexões sobre o “suicídio” suruwaha*. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/EspacoAmerindio/article/viewFile/7191/5216>> Acesso em 12 de janeiro de 2013, às 21h.

NOTAS

1. “[...] é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos”. (GIL, 1999).
2. Constituição Francesa de 1948. Art.13: A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito, a educação profissional, a igualdade nas relações entre o patrão e o operário, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias e os estabelecimentos, pelo Estado, os Departamentos e Municípios, de obras públicas capazes de empregar os braços desocupados; ela fornece assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recursos e que não podem ser socorridos por suas famílias.
3. Parte da doutrina entende que o termo mais coerente seria “dimensões”, já que “geração” está diretamente ligado à ideia de sucessão, substituição, enquanto que os direitos fundamentais não se sobrepõem, não são suplantados uns pelos outros. A segunda geração de direitos fundamentais existe, por exemplo, de forma concomitantemente à primeira geração, não sendo esta sobreposta por aquela. Ver mais em: DIÓGENES JR, José Eliaci Nogueira. *Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?* In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em 01 de fevereiro de 2014.
4. Evento histórico já discutido.
5. PECES-BARBA, Gregório ET alii. *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoria General. Madri: Universidad Carlos III e Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 299 apud Ramos, André de Carvalho, op. cit., p. 179.
6. KANT, Immanuel. Liberdade, AA VIII, p. 357 apud BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2000, op. cit, p. 53.
7. RAMOS, André de Carvalho, op. cit, p. 182).
8. HANINI, Zuhra Mohd El. Noções de Direito Islâmico (Shariah) [trabalho de conclusão de curso]. Rio Grande do Sul: Universidade da região da Campanha, Curso de Direito, 2007.
- Disponível em: <http://www.uniaoislamica.com.br/livros/nocoes_de_direito_islamico_sharia_para_internet.pdf> Acesso em 10 de dezembro de 2013.
9. “Muitas definições centram-se na economia, ou seja, na nova economia mundial que surgiu como consequência da intensificação dramática da transnacionalização da produção de bens e serviços e dos mercados financeiros”. (SANTOS, 2004, p. 244)
10. Direitos e garantias individuais, a exemplo do direito à vida, à liberdade, à participação política, dentre outros.
11. Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973.
12. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva*. 3a. ed. São Paulo: Rideel, 2009, p. 462.
13. “É pessoa que pratica a conduta descrita pelo tipo penal”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 4ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 164. AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 7º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
14. Doutrina majoritária criminal, a exemplo de Nucci (op. cit), entende ser possível a co-autoria ou participação no crime de infanticídio.
15. No caso de homicídio doloso, no qual há consciência e vontade de praticar a conduta definida como crime pela lei, se a vítima for menor de 14 anos, haverá aumento de 1/3 da pena, nos termos do art. 121, § 4º do CP.
16. Ver art. 7º do Código Penal.
17. Se o ato ilícito for praticado por motivo alheio aos elementos culturais dos indígenas, eles submetem-se ao teor do Código Penal. Exemplo: furto, roubo.
18. A tribo dos “suruwahas” vive isolada, nos termos do art. 4º, inciso I da Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973.
19. Ver em: SOUZA, Kariny Teixeira; SANTOS, Márcio Martins. Morte Ritual: reflexões sobre o “suicídio” suruwaha. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/EspacoAmerindio/article/viewFile/7191/5216>> Acesso em 12 de janeiro de 2013, às 21h.
20. Para matar as crianças o *modus operandi* geralmente utilizado é enterrá-las ainda com vida, em local próximo à aldeia, para que os

- demais membros da comunidade possam visualizar o ato.
21. O antropólogo requisitado pelo Ministério Público Federal emitiu parecer desfavorável ao processo de adoção de Hakani. Embora não se disponha do teor deste parecer, tendo em vista o processo ter corrido em segredo de justiça, ante o interesse da menor, reportagens informam que o antropólogo partiu de uma perspectiva relativista e alegou o direito à proteção dos elementos culturais dos povos indígenas, dentre eles, o homicídio de crianças. Ressalta-se também que o art. 28, §6º, inciso II da Lei nº 12010/2009 prevê que a adoção de crianças indígenas ocorrerá preferencialmente entre famílias igualmente indígenas, com fins de resguardar a identidade cultural deste povo. Assim, a forma como ocorreu a adoção no caso Hakani não é recorrente no cenário nacional. Mais informações: http://www.ilhacap.com.br/edicao_janeiro12/Capa-Hakani-jan11.html. Acesso em 02 de fevereiro de 2014.
 22. Reportagens exibidas no Fantástico (Rede Globo) em 18/09/2007 e 25/09/2007.
 23. HAKANI: uma voz pela vida. Documentário. Direção: David L. Cunningham. Produção: David L. Cunningham e Enock Freire. Disponível em: <http://www.hakani.org/pt/sinopse.asp>
 24. Redação atual do art. 231, caput, CRFB/88: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. BERNARDES, Denis de Mendonça. *Notas sobre a formação social do Nordeste*. Lua Nova, São Paulo, n. 71, 2007. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264452007000200003&script=sci_abstract&tlng=ES. Acesso em 08 de dezembro de 2013.
 25. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. *Proposta de Emenda à Constituição nº 303*. Voto do Relator: Regis de Oliveira, p. 3. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=43F3A9A7BC166ED1B51FE41659ADF390.node1?codteor=635769&filename=Tramitacao-PEC+303/2008 Acesso em 15 de janeiro de 2014, às 14h.
 26. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: III - autodeterminação dos povos.
 27. Tema já explorado no tópico 2.
 28. Tema visto no tópico 1.
 29. BRASIL. *Projeto de Lei nº 1057/2007*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=459157&filename=PL+1057/2007 Acesso em 16 de janeiro de 2014, às 17h.
 30. Homenagem a Muwaji, uma mãe da tribo dos suruwahas, que se rebelou contra a tradição de sua tribo e salvou a vida da filha, que seria morta por ter nascido deficiente.
 31. Caso de Muwaji, cuja luta deu origem ao nome do Projeto de Lei nº 1507/2007. Ver mais em: <http://leimuwaji.blogspot.com.br/search/label/A%20Lei%20Muwaji> Acesso em 18 de janeiro de 2014.

A QUESTÃO DO RECONHECIMENTO DO ESTADO PALESTINO E O DESAFIO DE UMA PAZ DURADOURA NO MÉDIO ORIENTE: ANÁLISE DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS E POLÍTICOS A FAVOR OU CONTRA O RECONHECIMENTO DA PALESTINA COMO ESTADO¹

Catherine Maia

Professora Doutora na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto (Portugal); *Visiting Professor* no Instituto de Estudos Políticos de Paris (Sciences Po) e nas Universidades Católicas de Lille e de Lyon (França).

RESUMO

O reconhecimento da qualidade de Estado à Palestina, sob o prisma da autodeterminação dos povos, é uma questão antiga. O presente texto procura analisar as razões jurídicas e/ou políticas que levam os Estados a reconhecer ou, pelo contrário, a recusar reconhecer a Palestina como Estado.

Palavras Chave

Palestina; Israel; reconhecimento de Estado; autodeterminação dos povos.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento da qualidade de Estado à Palestina ou,³ por outras palavras, o facto de um Estado admitir ao seu respeito que a entidade palestina é um dos seus pares na cena internacional, é uma pergunta antiga². Foi reavivada alternadamente pela criação do Estado de Israel em 1948, pela proclamação unilateral de independência da Palestina em 1988³ e, mais recentemente, pela sua admissão no seio da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) em 2011⁴, e da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2012⁵, o que a conduziu em seguida a aderir às Convenções de Genebra e aos seus Protocolos Adicionais e depois ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI) em 2015⁶.

Ainda hoje, este reconhecimento não sendo nem universal nem consensual, interroga sobre as razões ao mesmo tempo jurídicas e políticas

– as duas estando frequentemente entrelaçadas – que estão na origem do reconhecimento ou do não reconhecimento da Palestina como Estado⁷. Contudo, esta investigação introspectiva não é fácil, não somente porque o reconhecimento pode perfeitamente permanecer no estado implícito, deduzindo-se então de certos factos ou atos realizados pelo Estado preexistente e habitualmente reservados às relações interestatais⁸, mas ainda porque mesmo o reconhecimento exteriorizado por um ato oficial solene acompanha-se raramente de motivações justificadoras, e ainda menos de motivações detalhadas⁹.

Os efeitos do reconhecimento foram debatidos abundantemente na doutrina, onde se opõem tradicionalmente duas teses.

Por um lado, de acordo com a tese constitutiva, o reconhecimento apresenta-se como um elemento fundador do Estado que vem acrescentar-se à existência de uma população, de um território e de um Governo soberano. Sem ele, a formação do Estado fica incompleta. Com ele, o processo de criação do Estado é finalizado. Esta tese foi defendida por autores voluntaristas segundo os quais, para que um novo Estado possa emergir na cena internacional, este deve necessariamente ser aceite, ou seja, cooptado pelos Estados preexistentes.

Porém, o reconhecimento sendo discricionário e não obrigatório, coloca então os Estados antigos numa posição de onipotência em relação às outras entidades que reivindicam a qualidade estatal. Esta colisão frontal com o princípio de igualdade dos Estados é a razão para

a qual esta tese perdeu terreno progressivamente em proveito da tese declarativa.

Inversamente, a conceção declarativa admite que o nascimento de um novo Estado é um facto objetivamente observável, cuja existência não depende das apreciações subjetivas dos Estados existentes. Qualquer entidade que reúne uma população, um território e um Governo soberano pode pretender aceder à qualidade de Estado. Esta qualidade resulta assim da simples observação dos factos: a realidade da independência política de um Governo que exerce efetivamente o seu controlo sobre uma população e um território é suficiente para que haja Estado.

Em contrapartida, não é proibido reconhecer prematuramente uma entidade que ainda não acumula os critérios de existência de um Estado. Certamente, tal ato não transformará o que é em o que não é¹⁰. Todavia, politicamente, é um ato militante que marca a simpatia de um Estado já formado em relação a um Estado em formação, que vem sentar a sua autoridade, reforçar a sua efetividade e favorecer as suas relações com os seus pares. Mais ainda, tem por efeito jurídico provocar a oponibilidade da entidade reconhecida ao Estado autor do reconhecimento. O segundo deverá comportar-se em relação ao primeiro em conformidade com a situação reconhecida, ou seja, como se se tratasse realmente de um Estado.

Além disso, da mesma forma que o reconhecimento não é necessário ao Estado, a recusa de reconhecimento não impede um Estado de existir. De mero alcance declarativo, o reconhecimento vem apenas constatar a existência do novo Estado. Ele não lhe confere nenhuma qualidade jurídica adicional.

Num plano doutrinal, é neste sentido que o Instituto de Direito Internacional proclamou em 1936 (sessão de Bruxelas), que: "O reconhecimento tem um efeito declarativo"; "A existência de um novo Estado, com todos os efeitos jurídicos a ela atinentes, não é afetada pela recusa de reconhecimento por parte de um ou mais Estados" (artigo 1).

Do mesmo modo, num plano normativo, de acordo com a Convenção de Montevideu sobre os Direitos e os Deveres dos Estados de 1933: "A existência política do Estado é independente do seu reconhecimento pelos demais Estados" (artigo 3).

Num plano jurisprudencial ainda, encontram-se tomadas de posição favoráveis à tese declarativa. Tal é o caso da Comissão de Arbitragem da Conferência Europeia para a Paz na Jugoslávia que, em 1991, declarou que "a existência ou o desaparecimento do Estado é uma questão de facto", e que "o reconhecimento pelos demais Estados tem efeitos meramente declarativos"¹¹. A Comissão afirmou que "o reconhecimento, tal como a qualidade de membro de organizações internacionais, testemunham da convicção [dos demais] Estados que a entidade política assim reconhecida constitui uma realidade e conferem-lhe certos direitos e certas obrigações em direito internacional"¹².

Esta precisão é importante, porque se as componentes factuais do Estado são objetivas, a sua interpretação é uma operação que implica uma dose mais ou menos forte de subjetividade, orientada pelos desafios políticos ou geoestratégicos dos Estados já existentes. Dito de outro modo, na falta de poder influenciar o nascimento de uma entidade estatal, os outros Estados permanecem senhores da oportunidade de influenciar a projeção da sua soberania externa, através da concessão ou da recusa de reconhecimento¹³.

Apenas um amplo reconhecimento de um Estado pelos seus pares autoriza a passagem de uma soberania introvertida para uma soberania extrovertida, ao permitir à sua soberania que estenda o conjunto das suas potencialidades na ordem jurídica internacional¹⁴. Isto demonstra a que ponto o reconhecimento pode ter uma real utilidade jurídica, o que explica os esforços desenvolvidos pelas novas entidades para se ver reconhecer como Estados.

Nesta ótica, vários países reconheceram a Palestina numa onda que não cessou de crescer até hoje sem, no entanto, atingir a universalidade. Pois, aqui, as hesitações foram e ainda são numerosas. Em primeiro lugar, a própria existência dos elementos constitutivos do Estado não é consensual. Existe um território palestino, mas compartilhando fronteiras incertas com Israel. Existe uma população palestina, mas da qual uma parte é desenraizada. Existe ainda um Governo, mas afetado pelas divergências entre a Autoridade Palestina e o Hamas. Em seguida, é inegável que a forte conotação ideológica do conflito que opõe Israel à Palestina desde quase 70 anos pesa na balança no momento de passar

a etapa de um reconhecimento, o qual será uma decisão unilateral irrevogável.

Atualmente, o Estado de Israel – embora membro de pleno direito das Nações Unidas desde 1949 – foi reconhecido por apenas 159 países, com exceção de um certo número de países da Ásia (nomeadamente árabes ou muçulmanos)¹⁵, da África e da América Latina. A Palestina, por sua vez, é reconhecida por 136 países no âmbito das suas relações bilaterais. Em outras palavras, 70% dos países do mundo consideram que a Palestina é indubitavelmente um Estado. Além disso, a sua qualidade de Estado membro no seio da UNESCO foi aceite, em 2011, por 107 países e a sua qualidade de Estado observador não membro junto da ONU foi aceite, em 2012, por 138 países.

Através destes números, vê-se nitidamente que a admissão de um Estado no âmbito de uma organização internacional como as Nações Unidas não provoca, *per se*, para os Estados que se opõem ou que se abstêm, a obrigação de reconhecer a entidade em questão no âmbito do direito internacional. Qualquer que seja o estatuto de uma entidade nas Nações Unidas (Estado membro, Estado observador não membro ou entidade observadora), este estatuto não tem nenhum efeito jurídico automático sobre os reconhecimentos bilaterais¹⁶, embora as duas questões não sejam totalmente independentes.

Juridicamente, a admissão numa organização internacional conforta a ideia que a entidade em causa responde aos critérios do Estado previstos pela Convenção de Montevideu, nomeadamente quanto à sua capacidade de entrar em relações com os demais Estados. Em especial, quando a participação numa organização internacional é exclusivamente reservada aos Estados – como é o caso da UNESCO e da ONU – pode deduzir-se que a admissão de um novo Estado significa *a minima* que uma maioria de Estados membros reconheceu ao candidato a qualidade de Estado. Politicamente, a adesão pode ser vista como a consagração da entrada de um Estado na cena internacional, de modo que a existência do novo Estado se tornará então dificilmente contestável por parte dos Estados que tenham votado a seu favor¹⁷. Inegavelmente, um reconhecimento coletivo vai criar uma dinâmica favorável e facilitar o reconhecimento bilateral, dando aos Estados relutantes em reconhecer um novo Estado uma razão válida para entrar em relação direta com ele¹⁸.

A questão que se coloca agora é saber quais são os argumentos avançados, por um lado, pelos países que não reconhecem a Palestina, por outro lado, pelos países que reconhecem a Palestina. Na falta de poder analisar a posição de todos os países, o período mais recente foi privilegiado devido aos debates que se desenrolaram ao mesmo tempo ao nível de certos Parlamentos nacionais e ao nível dos fóruns internacionais que constituem a UNESCO e a ONU.

I. Os argumentos jurídicos e políticos dos Estados que não reconhecem a Palestina como Estado

Se os motivos subjacentes à recusa de reconhecimento são frequentemente implícitos ou lacónicos, é possível, no entanto, encontrar alguns elementos explicativos.

Assim, no seu relatório de 2011 sobre o pedido de admissão da Palestina à ONU, o Comité de Admissão de Novos Membros passou em revista os diferentes argumentos trocados, sem contudo mencionar que país os exprimiu e sem tomar posição¹⁹. Entre os motivos desfavoráveis à admissão e tocando à qualidade de Estado da Palestina, pode-se salientar que dúvidas foram emitidas em relação ao controlo do território, “dado que o Hamas era a autoridade de facto na Faixa de Gaza²⁰”, que “o Hamas controlava 40% da população da Palestina e que, consequentemente, não se podia considerar que a Autoridade Palestina exercia um controlo efetivo sobre o território que reivindicava²¹”. Além disso, “alguns interrogaram-se sobre a questão de saber se a Palestina era um Estado de natureza pacífica, dado que o Hamas recusava renunciar ao terrorismo e à violência e tinha por objetivo declarado a destruição de Israel²²”. É precisamente devido a estas dúvidas que o Comité, no fim dos seus debates, não chegou a um consenso sobre uma recomendação a dirigir ao Conselho de Segurança.

Entre os países os mais firmemente opostos ao reconhecimento da Palestina, contam-se Israel e os Estados Unidos, os quais justificaram o seu voto contra na UNESCO²³ e na ONU ao avançar que a paz na região do Médio Oriente passa necessariamente pela garantia da segurança de Israel e por negociações, e não por um reconhecimento estatal factício da Palestina. Nesta perspetiva, o reconhecimento é encarado

como uma estratégia para evitar as negociações por parte dos Palestinos.

Neste sentido, de acordo com o delegado de Israel na UNESCO, uma resolução não poderia criar um Estado palestino que não existe nos factos e que só poderá existir no futuro por negociações diretas com Israel²⁴. Do mesmo modo, o Primeiro-ministro israelita, Benyamin Netanyahu, declarou a 29 de novembro de 2012, ou seja, precisamente no dia do voto da admissão da Palestina pela Assembleia Geral, que: “A única forma de instaurar a paz passa por acordos concluídos pelas partes e não por resoluções da ONU, as quais não têm minimamente em conta a segurança vital e os interesses nacionais de Israel”²⁵.

Para além do facto de que, num plano político, a admissão da Palestina na ONU não irá favorecer a paz, ainda é avançado que, num plano jurídico, ela não transformará a realidade de um Estado que não existe no terreno: “[Ela] não alterará nada ao facto que a Autoridade Palestina não tem nenhum controlo sobre Gaza – e que Gaza conta por 40% do território que pretende representar. O Presidente Abbas não pode sequer visitar perto de metade do território que pretende representar. Este território está sob o controlo do Hamas, uma organização terrorista internacionalmente reconhecida como tal, que rega de mísseis os civis israelitas”²⁶.

Encontram-se sensivelmente os mesmos argumentos do lado dos Estados Unidos. Estes votaram contra a admissão da Palestina tanto na UNESCO como na ONU. Na UNESCO, justificaram a sua recusa pelo facto desta instituição especializada da ONU não ter de se pronunciar, enquanto, em simultâneo, tinha sido apresentada ao Conselho de Segurança a questão da admissão da Palestina, sendo este voto para eles prematuro²⁷. Além disso, se os Estados Unidos apoiem a existência de um Estado independente palestino que já demorou demasiado tempo a formar-se, as negociações são o único meio para chegar à solução de dois Estados que vivem em paz²⁸.

A importância das negociações para pacificar a região e resolver todas as questões em suspenso – mormente os refugiados palestinos, a capital, as colónias de povoamento, as fronteiras, a segurança e a água – foi, de novo, recordada pelo representante dos Estados Unidos na ONU para quem: “(...) apenas negociações diretas entre as partes permitirão aos Palestinos e aos Israelitas

chegar à paz que merecem – dois Estados para dois povos: uma Palestina soberana, viável e independente que coexiste na paz e na segurança com um Estado de Israel judaico e democrático”. Ele conclui que: “A Resolução 67/19, deplorável e contraproducente, (...) coloca novos obstáculos sobre a via da paz. É por isso que os Estados Unidos votaram contra”²⁹.

Outros aliados tradicionais dos Estados Unidos defendem os mesmos argumentos³⁰. Assim, para o Canadá, que não reconhece o Estado palestino e votou contra a sua admissão tanto na UNESCO como na ONU, a solução de dois Estados deve passar por negociações diretas e não por resoluções unilaterais que arriscam, pelo contrário, de endurecer as posições dos interessados³¹.

A importância essencial das negociações é avançada igualmente por todo um conjunto de países que não reconhecem o Estado palestino nas suas relações bilaterais e para os quais este reconhecimento apenas pode ser o resultado de uma resolução global do conflito israelo-palestino. Tal é a posição defendida por certos países que têm preferido abster-se aquando do voto de admissão na ONU, como Singapura³² e a Austrália³³, mas igualmente outros países que têm, contudo, votado favoravelmente à admissão da Palestina na ONU, como a Nova Zelândia³⁴, a Suíça³⁵, a Bélgica³⁶, a Finlândia³⁷ e a Noruega³⁸.

Paradoxalmente, este é também o caso da República Checa que, embora tenha reconhecido o Estado palestino em 1988, ao tempo do comunismo, é o único país europeu a ter-se oposto à sua admissão na UNESCO e na ONU. De acordo com o Ministro checo dos Negócios estrangeiros, este posicionamento explica-se pelo facto de a República Checa opor-se “a medidas unilaterais que poderiam obstruir ou comprometer o processo de paz conduzindo à solução de dois Estados”³⁹.

Sempre ao nível do continente europeu, vários países não reconhecem a Palestina como Estado nas suas relações bilaterais. É nomeadamente o caso da Alemanha que votou contra a admissão da Palestina na UNESCO, considerando o momento inoportuno⁴⁰, mas que se absteve na ONU, considerando que a criação do Estado palestino – que apoia – somente pode ser alcançada no termo de negociações diretas que não devem ser obstruídas⁴¹.

Tal é igualmente o caso do Reino Unido e da França. Estes dois países, que desempenham

um papel proeminente em matéria de política externa da União Europeia e como membros permanentes do Conselho de Segurança, têm, contudo, conhecido recentemente uma inflexão da sua posição após determinadas iniciativas internas dos seus Parlamentos.

Com efeito, observa-se nestes últimos meses na Europa ocidental um movimento favorável ao facto de o reconhecimento da Palestina – até então encarado como o desfecho de negociações – ser utilizado como um meio de pressão sobre Israel, a fim de relançar um processo de paz moribundo desde o fracasso da mediação americana, durante a primavera de 2014, e a operação mortífera “Protective Edge” em Gaza, em junho do mesmo ano. À pergunta: “É necessário reconhecer para negociar, ou negociar para reconhecer?”, a resposta é clara para vários Parlamentos europeus: primeiro, é necessário reconhecer para, depois, negociar em pé de igualdade.

É neste sentido que se pronunciaram alternadamente os Parlamentos britânico em outubro de 2014, espanhol em novembro de 2014, francês, irlandês, português e luxemburguês em dezembro de 2014, e ultimamente os deputados italianos em fevereiro de 2015. Todos adotaram moções não vinculativas destinadas a convidar o Governo a passar para a etapa do reconhecimento. E todos os Ministros dos Negócios estrangeiros respetivos (com exceção da Itália) mostraram-se favoráveis e indicaram que procederão a tal reconhecimento quando o considerarem pertinente.

Assim, a 13 de outubro de 2014, a Câmara dos Comuns britânica votou um texto que reclama o reconhecimento da Palestina⁴². Este voto tinha, na realidade, um alcance meramente simbólico e visava essencialmente a infletir a posição julgada demasiado conciliadora de Londres no que diz respeito à política israelita. O Reino Unido, de resto, tinha-se absterido aquando das votações na UNESCO, em 2011, e na ONU, em 2012⁴³. Contudo, o Governo britânico, único senhor da decisão final, não parece desfavorável ao reconhecimento próximo do Estado palestino no momento que julgará oportuno. Neste sentido, a 9 de novembro de 2011, o Ministro britânico dos Negócios estrangeiros, William Hague, declarava na Câmara dos Comuns: “O Reino Unido considera que a Autoridade Palestina preenche largamente os critérios para uma adesão às Nações Unidas, incluindo a

independência (...). Reservamo-nos o direito de reconhecer um Estado palestino no momento da nossa escolha, e quando isto puder contribuir o melhor possível para a realização da paz”⁴⁴.

Segundo os passos do Parlamento britânico, a 18 de novembro de 2014, os deputados espanhóis adotaram uma moção que chama o Governo a reconhecer a Palestina como Estado, mas somente quando Palestinos e Israelitas chegarem a uma solução negociada⁴⁵. Este reconhecimento, explicita o texto, deve ser “a consequência de um processo de negociação entre as partes que garante a paz e a segurança para ambos e o respeito dos direitos dos cidadãos e a estabilidade regional”. Além disso, o Governo é convidado a adotar uma ação coordenada com a União Europeia. Na véspera deste voto, o Ministro espanhol dos Negócios estrangeiros, José Manuel García-Margallo, recordou que a Espanha, a qual votou a favor da admissão da Palestina na UNESCO e na ONU, defende desde há muito tempo o princípio da coexistência de dois Estados e que a moção parlamentar – de resto não vinculativa – não fixa nenhum prazo para o reconhecimento, deixando assim o Governo livre de decidir do momento que julgará o mais propício.

A exemplo da Espanha, a França votou a favor da Palestina tanto na UNESCO como na ONU⁴⁶, mas não reconhece oficialmente esta entidade como Estado nas suas relações bilaterais. A 11 de dezembro de 2014, porém, uma resolução do Parlamento veio pedir o reconhecimento pelo Governo francês do Estado palestino⁴⁷. Na linhagem de uma posição constante da política estrangeira francesa, e enquanto o apoio a “um reconhecimento internacional do Estado” palestino foi um dos compromissos do Presidente François Hollande, este reconhecimento foi apresentado como “o primeiro passo de uma relação de igual para igual entre Israel e os Palestinos” e “a condição *sine qua non* da abertura de verdadeiras negociações”⁴⁸.

Aquando dos debates parlamentares, o Ministro francês dos Negócios estrangeiros, Laurent Fabius, declarou que “a França reconhecerá o Estado da Palestina. Este reconhecimento (...) não é um favor, um salvo-conduto, é um direito”: “A questão que se nos coloca não é, portanto, a dos princípios, dado que esta está resolvida, mas a das modalidades: quando e como?”⁴⁹. Ele insistiu, em especial,

sobre o facto de este reconhecimento ter de ser decidido no momento mais oportuno para servir a causa, o quão urgente, da paz, o qual pode intervir apenas no fim de uma resolução global do conflito negociado pelas duas partes interessadas. Ao dar uma última oportunidade à negociação nos dois próximos anos, o objetivo é, por conseguinte, que o reconhecimento não seja simbólico mas real⁵⁰.

A 11 de dezembro de 2014, os deputados irlandeses adotavam igualmente uma moção pedindo ao Governo “que reconheça oficialmente o Estado da Palestina com base nas fronteiras de 1967 e com Jerusalém Leste como capital, tal como estipulado pelas resoluções das Nações Unidas”⁵¹. Este reconhecimento era apresentado como “uma contribuição positiva para garantir uma solução negociada entre dois Estados ao conflito israelo-palestino”. Embora a moção não seja vinculativa para o Governo, o Ministro irlandês dos Negócios estrangeiros, Charlie Flanagan, declarou que Dublin apoiava o princípio de uma solução fundada sobre a existência de dois Estados: “Afirmar claramente que não tinha absolutamente nenhuma reserva de princípio à ideia de um reconhecimento rápido se, como o penso, isto puder contribuir para a solução do conflito”. Aqui ainda, o não reconhecimento parece explicar-se unicamente por uma questão de calendário, a fim de encontrar o momento mais propício.

A 12 de dezembro de 2014, era a vez do Parlamento português de adotar uma recomendação que chama o Governo a reconhecer o Estado palestino⁵². O texto propõe “reconhecer, em coordenação com a União Europeia, o Estado da Palestina como um Estado independente e soberano, de acordo com os princípios estabelecidos pelo direito internacional”. Com esta finalidade, o executivo deve “continuar a promover o diálogo e a coexistência pacífica de dois Estados democráticos, Israel e Palestina”, consideram os deputados, acrescentando que “só através de negociações será possível garantir a segurança e a paz naquela região”. O Ministro português dos Negócios estrangeiros, Rui Machete, reagiu imediatamente, declarando no Parlamento que o Governo “procurará escolher o momento mais adequado” para reconhecer o Estado palestino, para que “Israelitas e Palestinos convivam duradouramente de forma pacífica”.

O Parlamento dinamarquês esteve perto de seguir os passos dos seus homólogos

europeus com uma moção que pede ao Governo que reconheça o Estado palestino, a qual foi finalmente rejeitada por uma escassa maioria, a 12 de dezembro de 2014⁵³. Apesar desta rejeição, Copenhaga parece, contudo, disposta a encarar o reconhecimento sem o condicionar ao desfecho de negociações atualmente em ponto morto: “Concordamos com muitos outros países europeus para os quais esta decisão é tão importante que deveríamos aguardar para medir como ela pode realmente influenciar o processo de paz”, declarou o chefe da diplomacia dinamarquesa, Martin Lidegaard. No entanto, ele acrescentou que a Dinamarca acabará por reconhecer a Palestina, mas não seria ainda o momento indicado: “não pensamos que é agora mas tampouco que devemos aguardar necessariamente até ao fim do processo de paz”.

Poucos dias depois, a 17 de dezembro de 2014, o Parlamento do Luxemburgo votava não uma mas duas moções não vinculativas que convidavam o Governo, de acordo com os termos do primeiro texto, a “reconhecer formalmente o Estado da Palestina nas fronteiras de 1967 unicamente alteradas mediante acordo de ambas as partes, no momento que será julgado o mais oportuno”⁵⁴.

Por fim, é o Parlamento italiano que votava, a 27 de fevereiro de 2015, duas resoluções⁵⁵. De conteúdo relativamente mais pusilânime em relação aos textos anteriormente adotados pelos seus homólogos europeus, as resoluções exortam o Governo a reconhecer o Estado da Palestina para que sejam relançadas as negociações diretas em vista a uma solução de dois Estados. Roma, que se absteve na UNESCO mas que votou a favor na ONU, parece, contudo, reticente a um reconhecimento enquanto o processo de paz permanecer bloqueado. Como o exprimiu, em 2012, o delegado italiano na Assembleia Geral: “uma paz global pode e deve ser obtida com base numa solução de dois Estados – o Estado de Israel e um Estado palestino soberano, democrático, viável e contíguo – vivendo um e outro em fronteiras reconhecidas, na paz e na segurança. A Itália permanece convencida que tal acordo poderá ser obtido apenas por negociações bilaterais (...)”⁵⁶.

À margem destes diferentes posicionamentos nacionais por parte de Estados que não reconhecem oficialmente a Palestina, é interessante salientar ainda a iniciativa do Parlamento Europeu que, a 17 de dezembro de

2014, adotou uma resolução⁵⁷ na qual ele “apoia, por princípio, o reconhecimento do Estado palestino e a solução da coexistência de dois Estados, acreditando que ambas as vertentes devem caminhar a par do aprofundamento das negociações de paz, a qual deverá progredir” (§ 1⁵⁸) sem, contudo, chamar os Estados membros da União Europeia a tal reconhecimento⁵⁹, como o desejavam vários grupos políticos. A resolução recorda, além disso, que os elementos da solução são conhecidos: a criação de um Estado da Palestina, a coexistência pacífica de dois Estados baseados nas fronteiras de 1967, Jerusalém como capital dos dois Estados, e a garantia da estabilidade e da segurança de Israel (§ 5); e ela “exorta ambas as partes a absterem-se de qualquer ação que possa pôr em causa a viabilidade e a perspectiva da solução da coexistência de dois Estados” (§ 4).

Em suma, se se considerarem os diferentes posicionamentos dos Estados que não reconhecem oficialmente a Palestina, a maior parte deles não negam a existência de um Estado palestino, mas consideram inoportuno o momento para um reconhecimento. Assim, preferem aguardar até que as negociações sejam bem sucedidas entre Israel e a Palestina para resolver os diversos problemas que os opõem, dando todas as oportunidades à coexistência de dois Estados viáveis e pacificados.

II. Os argumentos jurídicos e políticos dos Estados que reconhecem a Palestina como Estado

Entre os 136 países que reconhecem a Palestina nas suas relações bilaterais, a grande maioria aceitou reconhecê-la como Estado no prolongamento da sua proclamação de independência de 15 de novembro de 1988. O Conselho Nacional Palestino tendo declarado unilateralmente a independência da Palestina em Argel, não espanta que a Argélia seja o primeiro país a reconhecer o Estado palestino naquele mesmo dia. Desde então, os reconhecimentos vão seguir-se rapidamente: a 16 de novembro, se juntarão à Argélia 13 outros países; a 17 de novembro, 5 países; a 18 de novembro, 9 países; a 19 de novembro, 4 países (incluindo a ex-URSS que tornar-se-á a atual Rússia); a 20 de novembro, 1 país (a China); e a 21 de novembro, 6 países. O movimento prosseguir-se-á até ao fim do ano, embora a um ritmo menos sustentado,

até atingir, no total, 84 países reconhecendo o Estado palestino para o único ano de 1988, na maior parte países comunistas ou árabe-muçulmanos, enquanto o bloco ocidental permanece relutante.

No ano seguinte, em 1989, 6 países suplementares passarão para a etapa do reconhecimento. Em 1992, 4 outros países, em 1994, 2 países e, em 1995, 3 países. Desde então, o movimento de reconhecimento vai estagnar, sendo que é necessário aguardar 9 anos, ou seja, o ano de 2004, para haver um novo reconhecimento (Timor-Leste). Em seguida, contabiliza-se ainda, em 2006, 1 país (Montenegro), em 2008, 2 países (Costa Rica, Líbano) e, em 2010, 3 países da América Latina (Argentina, Bolívia, Equador), em parte motivados pela vontade de manifestar a sua independência em relação à política de Washington.

O ano de 2011, que é marcado pela adesão da Palestina como Estado membro à UNESCO, conhece um novo pico de reconhecimentos, embora nitidamente menos importante do que aquele que tinha seguido a sua proclamação de independência, com 19 países. O ano de 2012, que é marcado, por sua vez, pela adesão da Palestina como Estado observador não membro à ONU, conhece um único reconhecimento (Tailândia), que será seguido por 2 países em 2013 (Guatemala, Haiti), e 1 país em 2014 (Suécia).

Os argumentos dos países que reconhecem o Estado palestino articulam-se em torno dos principais pontos seguintes. Em primeiro lugar, a Palestina deve ser hoje considerada como um Estado na aceção do direito internacional, porque preenche todos os elementos constitutivos requeridos. Os problemas ligados à efetividade do Governo ou ainda à delimitação precisa das fronteiras são, na realidade, a consequência direta da ocupação israelita que é ilícita⁶⁰, tal como o próprio Tribunal Internacional de Justiça reconheceu em 2004 no seu parecer sobre as *Consequências Jurídicas da Edificação de um Muro no Território Palestino Ocupado*⁶¹. Em seguida, não somente a Palestina já é reconhecida como Estado por um número considerável de países, mas o encadeamento dos acontecimentos recentes demonstra que o seu reconhecimento é, a termo, inexorável: sucessivamente, tem aderido à UNESCO em 2011, à ONU em 2012 e é, desde o 1º de abril de 2015, parte ao Estatuto do TPI. Por último, o reconhecimento de um

Estado palestino aos lados do Estado israelita é um passo para negociações de igual para igual, no intuito de conduzir a uma paz duradoura.

Estes motivos encontram-se no relatório de 2011 sobre o pedido de admissão da Palestina à ONU do Comité de Admissão de Novos Membros⁶². Este último sublinhou, em especial, que as negociações não deveriam ser um preliminar ao reconhecimento: “Ainda foi afirmado que a questão do reconhecimento da qualidade de Estado à Palestina não podia e não devia ser subordinada ao desfecho das negociações entre Palestinos e Israelitas; no caso contrário, este reconhecimento dependeria da aprovação de Israel, o que equivaleria a atribuir à Potência ocupante um direito de veto sobre o direito do povo palestino à autodeterminação, um direito que a Assembleia Geral havia declarado inalienável em 1974. Alguns declararam-se preocupados com a continuação por Israel das atividades de construção de colônias de povoamento. Foi dito que estas atividades eram consideradas como ilegais em virtude do direito internacional e que faziam obstáculo à uma paz global” (§ 7).

Além disso, foi realçado que a Palestina preenche seguramente os critérios de um Estado: “No que diz respeito à existência de uma população permanente e de um território determinado, foi avançado que a Palestina preenchia estas condições. Foi sublinhado que a ausência de fronteiras bem definidas não constituía um obstáculo à qualidade de Estado” (§ 10).

De resto, a Palestina demonstrou a sua capacidade em entrar em relações com os outros Estados, dado que é membro de várias organizações internacionais: “Foi recordado que a Palestina tinha sido admitida ao estatuto de membro do Movimento dos Países Não Alinhados, da Organização da Cooperação Islâmica, da Comissão Económica e Social das Nações Unidas para a Ásia Ocidental, do Grupo do 77 e da UNESCO. Além disso, mais de 130 Estados têm reconhecido a Palestina como Estado soberano independente”⁶³ (§ 14).

Por último, a conformidade da Palestina aos critérios estatais é reconhecida igualmente ao nível internacional pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional: “Menção foi feita de relatórios do Banco Mundial, do FMI e do Comité Especial de Ligação para a Coordenação da Assistência Internacional aos Palestinos,

segundo os quais as funções governamentais palestinas tinham atingido atualmente uma fase de desenvolvimento suficiente para permitir o funcionamento de um Estado” (§ 13).

Na falta de poder, aqui e ainda, analisar as motivações do conjunto dos países que têm feito a escolha do reconhecimento, é interessante olhar mais de perto para alguns deles que têm esclarecido (com mais ou menos profundidade) o porquê da sua decisão.

Assim, aquando dos debates na UNESCO em 2011, vários Estados que reconhecem a Palestina explicaram as razões pelas quais consideram que esta entidade é efetivamente um Estado. Para a Arábia Saudita nomeadamente, os pedidos de adesão à UNESCO e à ONU são duas perguntas independentes, os Estados membros não sendo exatamente os mesmos para uma e outra organização⁶⁴. Depois, este pedido não deve ser interpretado como um ato hostil suscetível de agravar a situação; bem pelo contrário, seria a sua rejeição que arriscaria de deteriorar a situação nos territórios ocupados. Por último, é tempo que a Palestina seja reconhecida como um Estado de pleno direito.

Para a China⁶⁵, o Egito⁶⁶, o Sri Lanka⁶⁷, o Peru⁶⁸ ou o Senegal⁶⁹, o reconhecimento da Palestina como Estado é uma etapa para conduzir à paz e à segurança na região. Para o Paquistão, este reconhecimento não é suscetível de perturbar as negociações e, sobretudo, ela impõe-se sobre bases ao mesmo tempo jurídicas, políticas e morais⁷⁰. Para a Rússia ainda, o Estado palestino existe e a decisão de reconhecê-lo não deve ser indevidamente atrasada⁷¹.

No ano seguinte, em 2012, aquando dos debates na ONU, vários Estados que reconhecem a Palestina também justificaram o seu apoio ao princípio do reconhecimento. Assim, para a Indonésia, não restam dúvidas de que, “apesar das enormes barreiras erigidas pela Potência ocupante, os Palestinos dotaram-se prontamente e com uma grande determinação da capacidade de funcionar como um Estado”, e que “um Estado palestino independente, dotado dos mesmos direitos mas também dos mesmos deveres que os outros Estados, contribuirá para a realização de uma paz justa, duradoura e global no Médio Oriente”⁷².

A preocupação de chegar à paz encontra-se igualmente no coração da argumentação do Honduras, que reconheceu a Palestina em 2011. De acordo com ele, “uma paz justa,

global e duradoura” deve ser fundada “sobre a necessidade do reconhecimento mútuo dos dois Estados, Israel e Palestina, sobre o direito de Israel e da Palestina ao seu próprio território e ao seu direito de viver em paz dentro de fronteiras estáveis e seguras e sobre a necessidade de se chegar a uma resolução global e diretamente negociada dos diferendos que subsistem entre as partes”⁷³.

Se para outros Estados, como a Turquia, o reconhecimento deve dar “o impulso necessário e esperado desde muito tempo para uma resolução global negociada”, a fim de obter uma paz duradoura na região, o acento é sobretudo posto sobre o bloqueio das negociações e a reparação de “uma injustiça histórica feita aos Palestinos”, e não sobre a reunião dos critérios estatais⁷⁴: “desde 65 anos, nenhuma das resoluções adotadas pela [ONU] que apoiam a criação de um Estado palestino foi respeitada”⁷⁵, ora “nada justifica a recusa deste direito aos Palestinos, quer se trate de considerações morais, políticas ou jurídicas”⁷⁶. “O impasse no qual encontra-se atualmente o processo de paz não pode mais servir de pretexto para não responder ao pedido dos Palestinos de se tornar um Estado internacionalmente reconhecido. O reconhecimento do Estado palestino não é uma escolha mas uma obrigação moral, política, estratégica e jurídica da comunidade internacional”⁷⁷.

Do mesmo modo, para a Sérvia, o reconhecimento justifica-se pela preocupação de fazer justiça ao povo palestino, mas também de enfim tornar efetivas as diversas resoluções da ONU votadas na matéria. Como o indicou o delegado sérvio: “O nosso apoio à luta dos Palestinos para a autodeterminação e a independência nunca diminui. Ele assenta no nosso sentido da justiça, na base sólida que constituem várias resoluções do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral que remontam aos inícios da ONU, que reafirmam todas o direito dos Palestinos a um Estado independente e soberano que lhes é próprio, e com base na solução dos dois Estados”⁷⁸.

Ao invés desta posição, paradoxalmente, outros Estados do antigo bloco comunista que tinham reconhecido o Estado palestino a partir de 1988 estão hoje mais aquém, ao ponto de se ter absterido ou de ter votado contra a sua admissão tanto na UNESCO como na ONU, ou mesmo de falar de um Estado que permaneceria

ainda para criar, como se o seu reconhecimento tivesse sido prematuro.

Assim, para a Bulgária que se absteve nas duas organizações, a retomada das negociações, na base “dos acordos existentes e das resoluções relevantes do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral, [é] o único meio duradouro para alcançar a criação de um Estado palestino soberano, democrático e viável, que vive em paz e segurança ao lado de Israel”⁷⁹. Do mesmo modo, para a República Checa, que votou duplamente contra, só negociações é que “conduzirão ao estatuto de Estado da Palestina”, de modo que ela insiste na importância para as partes em causa de “abster-se de qualquer medida que poderia fazer obstáculo ou prejudicar o resultado deste processo”⁸⁰. É esta mesma preocupação em não comprometer o processo de negociação que levou a Hungria a abster-se na UNESCO e na ONU, temendo “efeitos nefastos” para a paz e a estabilidade no Médio Oriente⁸¹.

Num plano bilateral desta vez, é necessário assinalar o caso da Suécia, que reconheceu o Estado palestino a 30 de outubro de 2014. Enquanto, em alguns dos seus vizinhos europeus, os Paramentos adotavam moções favoráveis ao reconhecimento, o Governo sueco reconheceu o Estado palestino por decreto. Esta decisão interveio após um verão marcado pela operação israelita “Protective Edge”, que manchou de sangue a enclava palestina de Gaza, ou seja, num momento em que os esforços realizados desde décadas para resolver o conflito israelo-palestino pareciam num impasse total.

Numa declaração oficial à imprensa, a Ministra sueca dos Negócios estrangeiros, Margot Wallström, proclamou que a Suécia “considera que os critérios de direito internacional para um reconhecimento do Estado da Palestina estão preenchidos: há um território, uma população e um Governo”. Reagindo ao ceticismo dos Estados Unidos que, ao anúncio deste reconhecimento a 3 de outubro de 2014, o tinham julgado prematuro, a Ministra sueca respondeu: “Receio que [esta decisão] chegue demasiado tarde em vez de demasiado cedo”.

Ela indicou igualmente que este reconhecimento não tinha como objetivo o de favorecer um campo mas o de promover a paz: “Não tomamos parte. Colocamo-nos do lado do processo de paz”. Daí, a sua expectativa que esta decisão “seja recebida por Israel de forma

equilibrada e construtiva". De facto, os objetivos são plurais e visam ao mesmo tempo tornar as partes no conflito menos desiguais, apoiar as vozes moderadas na Palestina, mas também trazer esperança nos dois países, num altura em que sobem as tensões e em que nenhuma das negociações de paz produz resultado⁸².

A Suécia não é o primeiro país da União Europeia a tomar tal decisão, dado que sete dos seus membros reconhecem o Estado palestino: a Bulgária, Chipre, a Hungria, Malta, a Polónia, a República Checa e a Roménia. Contudo, todos estes reconhecimentos tendo ocorrido antes da sua entrada na União, a Suécia apresenta-se como o primeiro país a reconhecer o Estado palestino na qualidade de membro da União⁸³. O Ministro dos Negócios estrangeiros explicou que a Suécia – conhecida por seu pacifismo – desejava assim mostrar o caminho no sentido de uma oficialização da existência do Estado palestino na cena internacional. Por enquanto, se é difícil dizer quantos países irão efetivamente dar o passo, pode-se ver uma forma de reconhecimento oficial da Palestina no acordo bilateral que ela assinou a 26 de junho de 2015 com a Santa Sé, destinado a garantir a proteção da Igreja Católica nos territórios palestinos⁸⁴.

Na conclusão deste rápido estudo, afigura-se que a solução dos dois Estados é claramente a mais defendida, incluindo em Israel. Portanto, a questão não tem a ver com o princípio do reconhecimento da Palestina como Estado – o qual será adquirido a prazo – mas com as condições práticas da sua implementação. Para alguns, as negociações são um preliminar indispensável para não reconhecer um Estado virtual, privado de uma verdadeira base territorial e autoridade política. Para outros, o impasse do processo de Oslo deve inverter esta perspetiva: pelo reconhecimento, as negociações prosseguir-se-iam entre dois Estados soberanos e iguais, com possibilidades acrescidas de se chegar a uma paz duradoura⁸⁵.

A este respeito, deve-se admitir que o reconhecimento não é por si só suficiente, mas é necessário: com certeza, é um ato simbólico cujo alcance para resolver o conflito israelo-palestino não deve ser sobrestimado, mas marca uma etapa crucial constitutiva de uma dinâmica política virtuosa para permitir à Palestina um pleno acesso à sociedade internacional.

NOTAS

1. O presente texto representa a versão portuguesa da contribuição apresentada aquando dos congressos internacionais organizados respetivamente pela Faculdade de Direito da Universidade de Nice (França), em maio de 2015, e pela Ordem dos Advogados de Argel (Argélia), em junho de 2015. As traduções necessárias para este estudo são nossas.
 2. O reconhecimento de Estado é um ato pelo qual um Estado admite que uma entidade será doravante, ao seu respeito, considerada como um Estado numa situação de igualdade de direito. Sobre este ponto, a definição dada pelo Instituto de Direito Internacional numa resolução de 1936 não envelheceu: “O reconhecimento de um novo Estado é o ato livre pelo qual um ou mais Estados constatarem a existência num território determinado de uma sociedade humana politicamente organizada, independente de qualquer outro Estado existente, capaz de observar as prescrições do direito internacional, e manifestam conseqüentemente a sua vontade de o considerar como membro da comunidade internacional” (artigo 1). Por conseguinte, o reconhecimento é ao mesmo tempo um ato unilateral, dado que compromete apenas aquele que o profere, e um ato relativo, dado que uma entidade pode ser um Estado apenas para alguns com exceção de outros.
 3. Pela Resolução 43/177 de 15 de dezembro de 1988, a Assembleia Geral “toma nota da proclamação do Estado palestino pelo Conselho Nacional Palestino em 15 de novembro de 1988” e “afirma que é necessário permitir ao povo palestino exercer a sua soberania sobre o seu território ocupado desde 1967”.
 4. No dia 5 de outubro de 2011, o Conselho Executivo da UNESCO recomendava à Conferência Geral que admitisse a Palestina como Estado membro. Este pedido de admissão foi confirmado, a 31 de outubro de 2011, na Conferência Geral da UNESCO, por maioria dos dois terços dos seus 194 Estados membros, numa votação cujo resultado foi de 107 votos a favor, 14 contra, 52 abstenções e 12 ausências. Esta votação permitiu assim que a Palestina seja admitida, pela primeira vez, numa organização do sistema da ONU.
 5. Pela sua Resolução A/RES/67/19, de 29 de novembro de 2012, sobre “O Estatuto da Palestina na Organização das Nações Unidas”, a Assembleia Geral: “Reafirma o direito do povo palestino à autodeterminação e à independência num Estado da Palestina situado sobre o território palestino ocupado desde 1967” (§ 1); “Decide atribuir à Palestina o estatuto de Estado não membro observador junto da Organização das Nações Unidas (...) (§ 2); e “Espera que o Conselho de Segurança dará um seguimento favorável ao pedido de admissão como membro de pleno direito da Organização das Nações Unidas apresentada, a 23 de setembro de 2011, pelo Estado da Palestina”. Enquanto uma maioria simples teria sido suficiente, a maioria dos dois terços foi adquirida: entre os 193 membros da ONU, 138 votaram a favor, 9 contra, 41 abstiveram-se e 5 não participaram na votação.
- Simbolicamente, esta votação ocorreu precisamente 65 anos após a votação pela Assembleia Geral da Resolução 181 (II) de 1947, que tinha decidido a partilha em dois da Palestina mandatária e a criação neste território de dois Estados independentes, um judaico e o outro árabe, devendo começar a “existir a 1º de outubro de 1948 o mais tardar”. Todavia, o Estado de Israel e o Estado da Palestina não serão criados por esta resolução, mas sim na sequência de uma declaração de independência proclamada em 1948 para o primeiro e em 1988 para o segundo.
6. O novo estatuto da Palestina no seio da UNESCO e depois da ONU abriu-lhe o caminho para a acessão ao direito internacional, nomeadamente com a sua adesão às quatro Convenções de Genebra (2 de abril de 2014) e aos seus Protocolos Adicionais I (2 de abril de 2014), II (4 de janeiro de 2015) e III (4 de janeiro de 2015), e depois ao Estatuto do TPI desde o 1º de abril de 2015.
 7. Sobre esta questão, ver nomeadamente na doutrina: Y. RONEN, “Recognition of the State of Palestine: Still too Much too Soon?”, in C. CHINKIN, F. BAETENS (eds.), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 229-247; J. QUIGLEY, “Palestine is a State: a Horse with Black and White Stripes is a Zebra”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 32, 2011, pp. 749-764; J. CRAWFORD, “The Creation of the State of Palestine: too Much too

- Soon?", in V. KATTAN, *The Palestine Question in International Law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2008, pp. 675-681; R.B. GARCÍA, "¿Es Palestina un Estado? Reflexiones a la luz del derecho internacional y de la práctica europea sobre los acontecimientos recientes en torno al reconocimiento de un Estado palestino", *Revista de Estudios Europeos*, vol. 65, 2014, pp. 9-40; F. VACAS FERNÁNDEZ, "El reconocimiento de Palestina como Estado por UNESCO y por Naciones Unidas", in F. VACAS FERNÁNDEZ (dir.), *Palestina e Israel en el nuevo contexto interno e internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria", 2014, pp. 9-20.
8. O direito internacional não impondo nenhuma forma específica para o ato de reconhecimento, a prática evidencia modalidades variadas, incluindo tácitas. Neste último caso, a dificuldade consistirá em provar a vontade de reconhecer. De facto, fora do caso do estabelecimento de relações diplomáticas que é tido por um reconhecimento tácito, a prática internacional conserva uma ampla flexibilidade neste domínio.
 9. Um reconhecimento explícito pode seguir os mais diversos caminhos: ato unilateral, declaração comum, tratado bilateral, ou mesmo tratado coletivo.
 10. O reconhecimento do Biafra por alguns Estados em 1968-1969 não fundou o mesmo como Estado, enquanto o da República Árabe Saharaui Democrática, mais amplo, é insuficiente para estabelecer que se trata efetivamente de um Estado (Comissão de Arbitragem da Conferência para a Paz na Jugoslávia, parecer nº 8, 4 de julho de 1992, *RGDIP*, 1993, p. 589).
 11. Parecer nº 1, 29 de novembro de 1991, *RGDIP*, 1992, p. 264.
 12. Parecer nº 8, 4 de julho de 1992, *RGDIP*, 1993, p. 589.
 13. Como salientado pela Comissão de Arbitragem da Conferência para a Paz na Jugoslávia, o reconhecimento "é um ato arbitrário que os demais Estados podem efetuar no momento da sua escolha, sob a forma que decidem e livremente" (parecer nº 10, 4 de julho de 1992, § 4, *RGDIP*, 1993, p. 594).
 14. A soberania dos Estados lhes permite definir a intensidade das suas relações com os demais Estados e controlar o alcance dos atos estrangeiros no seu território. Assim, enquanto uma entidade não for reconhecida como um novo Estado por um Estado já existente, o alcance extraterritorial habitualmente atribuído à sua legislação interna e aos julgamentos dos seus tribunais nacionais dependerá dos interesses empíricos dos Estados mais antigos em causa. A esse respeito, "[s]eule la reconnaissance normalise, à tous les échelons et en toutes les matières, les relations entre l'État nouveau et l'État qui le reconnaît", um e outro tendo então de se conformar ao conjunto dos direitos e dos deveres fixados pelo direito internacional (P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^e éd., 2002, p. 560, § 366).
 15. Apenas dois Estados do mundo árabe-muçulmano sobre 52 o reconheceram: a Jordânia e o Egito.
 16. Tal como a solução aplicada para os países procedentes da descolonização, no estado atual do direito internacional, a adesão de um Estado a uma organização internacional não equivale a um reconhecimento coletivo pelos seus Estados membros, da mesma forma que o voto favorável de um Estado no seio de uma organização internacional não equivale a um reconhecimento individual do novo Estado membro.
 17. Mesmo os Estados minoritários que têm votado contra a adesão da Palestina à UNESCO e à ONU serão vinculados pela decisão coletiva de admissão do novo Estado. Por outras palavras, no seio da organização internacional em causa, eles deverão considerar a Palestina como um Estado membro, conformando-se aos direitos e às obrigações fixados pela Carta constitutiva da referida organização internacional.
 18. Indubitavelmente, as vitórias conquistadas ao nível da admissão em organizações internacionais – *a fortiori* quando as suas competências e a sua composição são vastas – terão um impacto ao nível do direito internacional geral no sentido de uma consolidação da efetividade do Estado palestino. A esse respeito, "[l]'adhésion à l'ONU, voire l'octroi, que la Palestine s'est vue accorder le 29 novembre 2012, du statut d'État observateur non membre, peut en particulier difficilement s'interpréter autrement que comme une reconnaissance par la communauté internationale qu'il existe un État palestinien" (M. FORTEAU, "La Palestine comme État au regard du Statut de la Cour pénale internationale", *RBDI*, vol. 45, 2012, p. 42).
 19. Em conformidade com o artigo 4º da Carta da ONU, a candidatura palestina foi iniciada, em

- 23 de setembro de 2011, com a entrega pelo Presidente palestino, Mahmoud Abbas, ao Secretário-geral da ONU, Ban Ki-moon, de um pedido oficial de admissão acompanhado por uma aceitação das obrigações da Carta. Transmisso ao Presidente do Conselho de Segurança, este último recorreu em seguida, para um exame prévio, ao Comité de Admissão de Novos Membros, que emitiu o seu relatório a 11 de novembro de 2011. Este relatório passa em revista sistematicamente todos os argumentos trocados, sem contudo mencionar que Estado os exprimiu e sem tomar posição num sentido ou noutro. Conclui não ter chegado a um consenso sobre uma recomendação a dirigir ao Conselho de Segurança. Entre os membros permanentes deste órgão, os Estados Unidos tinham informado que se oporiam a qualquer candidatura palestina, enquanto a França e o Reino Unido tinham declarado que se absteriam. Ora, qualquer recomendação do Conselho de Segurança deve, necessariamente, obter um voto favorável de 9 dos 15 membros, incluindo o conjunto dos cinco membros permanentes, antes de ser aprovada por uma votação favorável da Assembleia Geral à maioria dos dois terços.
20. *Relatório do Comité de Admissão de Novos Membros sobre o Pedido de Admissão da Palestina à ONU*, 11 de novembro de 2011, S/2011/705, § 11. Sobre este ponto, o relatório acrescenta: “Il a été avancé que l’occupation par Israël était un facteur qui empêchait le Gouvernement palestinien de contrôler pleinement son territoire. Toutefois, il a été souligné que l’occupation par une puissance étrangère n’impliquait pas que la souveraineté du territoire occupé devait être transférée à la Puissance occupante” (*ibid.*, § 11).
21. *Ibid.*, § 12. O relatório traz uma nuance: “Il a cependant été souligné que l’Organisation de libération de la Palestine, et non pas le Hamas, était le représentant légitime du peuple palestinien” (*idem*).
22. *Ibid.*, § 16. Aqui também é trazida uma nuance: “D’un autre côté, il a été fait mention de l’avis consultatif de la CIJ rendu en 1971 au sujet de la Namibie, selon lequel les seuls actes qui peuvent être imputés à un État sont ceux de l’autorité étatique reconnue” (*idem*).
23. Os Estados Unidos e Israel tendo deixado de pagar a sua contribuição na sequência da admissão da Palestina na UNESCO, estes dois países foram suspensos do seu direito de voto na organização, a 8 de novembro de 2013.
24. Conselho Executivo da UNESCO, *Comptes rendus analytiques*, 187 EX/SR.1-8, 5 de outubro de 2011, Sr. Barkan, delegado de Israel, p. 105, § 34.1.
25. Comentário relatado pelo Sr. Prosor, delegado de Israel junto da ONU, aquando da votação da admissão da Palestina na Assembleia Geral, AGNU, A/67/PV.44, 44.ª sessão plenária, 29 de novembro de 2012, pp. 5-6. No mesmo sentido, o Sr. Prosor indicou que “aussi longtemps que le Président Abbas préférera le symbolisme à la réalité, aussi longtemps qu’il préférera se rendre à New York pour des résolutions de l’ONU plutôt qu’à Jérusalem pour un dialogue véritable, tout espoir de paix sera hors de portée” (*ibid.*, p. 6).
26. *Ibid.*, p. 7. Para o delegado de Israel junto da ONU, o Sr. Prosor: “Ce projet de résolution (A/67/L.28) ne conférerait pas le statut d’État à l’Autorité palestinienne, qui ne parvient manifestement pas à satisfaire aux critères du statut d’État. Ce projet de résolution ne permettrait pas à l’Autorité palestinienne de rejoindre en qualité d’État les conférences, organisations et traités internationaux” (*idem*).
27. Conselho Executivo da UNESCO, *Comptes rendus analytiques*, 187 EX/SR.1-8, 5 de outubro de 2011, Sr. Killion, delegado dos Estados Unidos, p. 99, § 3.1.
28. *Ibid.*, p. 99, §§ 3.2 e 3.3.
29. AGNU, A/67/PV.44, 44.ª sessão plenária, 29 de novembro de 2012, p. 14. De acordo com a Sra. Rice, delegada dos Estados Unidos junto da ONU: “il ne faut pas considérer – à tort – que le vote d’aujourd’hui satisfait aux critères déterminant les conditions à remplir pour être membre des Nations Unies. Ce n’est pas le cas. La résolution n’indique pas que la Palestine est un État” (*idem*). Do mesmo modo, de acordo com a chefe da diplomacia americana, Hillary Clinton, esta resolução da Assembleia Geral traz mais obstáculos no caminho para a paz (comunicado da Agência France Presse de 30 de novembro de 2012). Como indicado na doutrina: “La position américaine semblait relever avant tout d’une analyse politique, car sur le plan juridique, subordonner l’admission de la Palestine à l’ONU à l’issue des négociations entre Israéliens et Palestiniens est contraire à l’avis de la CIJ rendu en 1948, invitant les États à ne tenir compte dans leur position que des critères de l’article 4, § 1, de la Charte de l’ONU. Une telle subordination revient également à accorder à l’État d’Israël un droit de veto sur le droit du

peuple palestinien à l'autodétermination, un droit que l'AGNU avait déclaré inaliénable en 1974" (G. POISSONNIER, "La Palestine, État non membre observateur de l'Organisation des Nations Unies", *Journal du droit international*, vol. 140, 2013, p. 439).

30. Entre os aliados tradicionais dos Estados Unidos que têm votado contra a resolução da Assembleia Geral, pode-se citar o Panamá, as Ilhas Marshall, a Micronésia ou ainda Nauru, que são países próximos ou pequenos países do Pacífico vivendo na estreita dependência financeira do seu grande vizinho.
31. AGNU, A/67/PV.44, 44.^a sessão plenária, 29 de novembro de 2012, p. 10, Sr. Baird (Canadá): "Le projet de résolution dont nous sommes saisis ne fera pas progresser la cause de la paix ni n'incitera à une reprise des négociations. Le peuple palestinien s'en portera-t-il mieux? Non. Au contraire, cette mesure unilatérale durcira les positions et suscitera des attentes irréalistes, sans améliorer les conditions de vie du peuple palestinien".
32. Singapura absteve-se tanto na UNESCO como na ONU. Explicando a sua abstenção perante a AGNU, o seu delegado, o Sr. Chua, proclamou: "Ma délégation appuie le droit du peuple palestinien à une patrie. (...) Cependant, nous nous sommes abstenus (...) parce que nous pensons que seul un règlement négocié conforme à la Résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité peut servir de base à une solution viable à long terme. Les deux parties ont des droits légitimes et des responsabilités partagées, et doivent être prêtes à faire des compromis pour parvenir en grande partie à une paix durable" (*ibid.*, p. 15).
33. A Austrália votou contra na UNESCO, mas absteve-se na ONU. De acordo com o seu delegado junto da ONU, o Sr. Quinlan: "La décision de l'Australie de s'abstenir dans le vote sur la Résolution 67/19 met en équilibre notre appui de longue date au droit des Palestiniens à l'autodétermination et à leur propre État et la raison qu'on a de croire que des négociations directes entre Israël et les Palestiniens sont la seule base durable du règlement de ce conflit. La résolution ne confère pas la qualité d'État ; elle accorde à l'Autorité palestinienne le statut d'État observateur non membre à l'ONU" (*ibid.*, p. 21).
34. A Nova Zelândia absteve-se na UNESCO, mas votou a favor na ONU. Para o seu delegado junto da ONU, o Sr. McLay: "Cette résolution

[de l'AGNU] est un symbole politique de l'engagement des Nations Unies en faveur de la solution des deux États. La Nouvelle-Zélande a voté en conséquence, en partant du principe que notre vote ne préjuge pas de la position de la Nouvelle-Zélande concernant la reconnaissance de la Palestine. Mais les positions et les débats ici à New York ne produiront pas un Israël sécurisé vivant pacifiquement aux côtés d'un État palestinien viable et d'un seul tenant" (*ibid.*, p. 22).

35. A Suíça absteve-se na UNESCO. No entanto, votou a favor na ONU, o seu delegado, o Sr. Seger tendo proclamado: "La décision de la Suisse de voter pour la Résolution 67/19 (...) est motivée par la volonté de débloquent l'impasse actuelle des négociations israélo-palestiniennes et de relancer le processus de paix"; "Le rehaussement de la Palestine au statut d'État observateur au sein de l'ONU engendre pour la Palestine non seulement des droits, mais également des obligations, notamment celle de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force consacrée dans la Charte des NU. Il ouvre également des portes à plusieurs conventions internationales, notamment dans le domaine de la protection des droits de l'Homme et de la lutte contre le terrorisme. Cette décision n'engage pas une reconnaissance bilatérale d'un État palestinien, laquelle dépendra notamment des négociations de paix à venir" (*ibid.*, p. 17).
36. Explicando o seu voto favorável à resolução da AGNU, o delegado da Bélgica, o Sr. Grauls, declarou: "Le vote d'aujourd'hui constitue une avancée significative vers la création d'un État de Palestine, que nous appelons tous de nos vœux. Mais la Belgique estime que la véritable avancée sera réalisée lorsque les Palestiniens pourront bénéficier, sur le terrain, du futur État disposant des institutions, du personnel et des instruments nécessaires à son bon fonctionnement"; "Pour la Belgique, la résolution adoptée aujourd'hui par l'Assemblée générale ne constitue pas encore une reconnaissance d'État au sens complet du terme. La mise en place d'un État de plein droit devra être le résultat des négociations entre Israéliens et Palestiniens" (*ibid.*, p. 17). Ele acrescentou: "Notre vote n'implique cependant pas une reconnaissance bilatérale officielle d'un État palestinien souverain. C'est là une question distincte que nous continuerons d'examiner au sein d'un cadre établi par le droit international" (*ibid.*, p. 20).

37. Explicando o seu voto favorável à resolução da AGNU, o delegado da Finlândia, o Sr. Viinanen, afirmou: “La Finlande a voté en faveur de la Résolution 67/19 dans le but de renforcer les perspectives d’un État palestinien et d’appuyer les forces modérées qui sont déterminées à poursuivre cet objectif par la négociation”; “Nous sommes témoins que l’Autorité palestinienne est maintenant dotée d’institutions qui satisfont aux conditions minimales attendues d’un État moderne. Cet accomplissement mérite que nous le reconnaissons pleinement” (*ibid.*, p. 21). Mas indicou imediatamente: “Toutefois, le vote de la Finlande n’implique pas la reconnaissance officielle d’un État palestinien souverain, qui est une question à part. Notre position nationale sur cette question sera déterminée conformément aux procédures énoncées dans la Constitution de la Finlande” (*ibid.*, pp. 21-22).
38. Favorável à resolução da AGNU, o delegado da Noruega, o Sr. Pedersen, proclamou: “Nous sommes déterminés à continuer d’autonomiser les institutions palestiniennes. L’Autorité palestinienne a déjà passé le seuil de ce qui constitue un État viable dans des secteurs clefs, comme l’a ratifié le Comité de liaison *ad hoc* présidé par la Norvège, en 2011 et en 2012” (*ibid.*, p. 21). Ele acrescentou: “La Résolution 67/19 est basée sur la solution des deux États et des principes qu’elle énonce ; elle ne préjuge pas de l’issue des négociations sur le statut final entre les parties et ne viole pas les Accords d’Oslo. (...) En outre, le moment est venu pour l’Assemblée générale de reconnaître les efforts que déploie sérieusement l’Autorité palestinienne pour mettre effectivement en place des institutions d’État” (*ibid.*, p. 23). Ainda aqui, o estatuto da Palestina no seio das Nações Unidas é claramente distinguido do seu estatuto no plano das relações bilaterais: “Notre appui au nouveau statut de la Palestine à l’ONU ne préjuge pas de la question de sa reconnaissance. Les procédures nationales norvégiennes pour reconnaître officiellement l’État de Palestine sont toujours en cours” (*idem*).
39. Comunicado da Agência France Presse de 30 de novembro de 2012.
40. Embora favorável à solução de dois Estados, a Alemanha julga prematura e inoportuna a admissão da Palestina na UNESCO enquanto as negociações com Israel não tiveram êxito (Conselho Executivo da UNESCO, *Comptes rendus analytiques*, 187 EX/SR.1-8, 5 de outubro de 2011, p. 100, §§ 12.1, 12.2 e 12.3).
41. AGNU, A/67/PV.44, 44.^a sessão plenária, 29 de novembro de 2012, p. 16, Sr. Wittig (Alemanha): “Nous partageons l’objectif de la création d’un État palestinien. (...) Toutefois, il doit être clair pour tout le monde que l’on ne pourra parvenir à créer un État palestinien que grâce à des négociations directes entre Israéliens et Palestiniens”.
42. Dos 650 eleitos na Câmara dos Comuns, 274 votaram a favor do texto e 12 contra.
43. O delegado britânico, Sir Mark Lyall Grant, explicou da seguinte forma a escolha de se abster na AGNU: “Le Royaume-Uni est gravement préoccupé par la dangereuse impasse dans laquelle se trouve le processus de paix depuis deux ans. Nous pensons que les possibilités qui s’étaient ouvertes de parvenir à la solution des deux États sont en train de s’amenuiser rapidement. Notre objectif principal est d’assurer le retour à des négociations crédibles afin de garantir une solution prévoyant deux États. C’est le principe directeur qui a aujourd’hui guidé notre vote sur la Résolution 67/19. Compte tenu de cet objectif, nous avons essayé d’obtenir des dirigeants palestiniens qu’ils s’engagent à reprendre immédiatement les négociations, sans conditions préalables. Cela a été le facteur le plus déterminant de notre vote. Nous avons également cherché à obtenir des Palestiniens l’assurance qu’ils n’engageraient aucune action immédiate auprès des institutions spécialisées des Nations Unies et de la Cour pénale internationale, car cela rendrait impossible une reprise rapide des négociations. Nous ne doutons pas que le Président Abbas soit un homme de paix courageux, et nous nous sommes entretenus activement avec les Palestiniens avant le vote d’aujourd’hui pour tenter d’obtenir ces garanties. Mais en l’absence de celles-ci, nous n’étions pas en mesure de voter pour la résolution, et nous nous sommes donc abstenus. Notre priorité est maintenant de relancer les négociations” (AGNU, A/67/PV.44, 44.^a sessão plenária, 29 de novembro de 2012, p. 16).
44. Ver V. FEAN, “Israel/Palestine: Does Recognising Both States Make a Difference?”, conferência pronunciada na School of Oriental and African Studies, Universidade de Londres, 20 de janeiro de 2015.

45. Esta moção foi adotada quase por unanimidade na Câmara dos Deputados, por 319 votos a favor, 2 contra e 1 abstenção.
46. Perante a AGNU, o delegado da França, o Sr. Araud, explicou detalhadamente a posição do Governo francês: “En votant aujourd’hui pour la reconnaissance de la Palestine comme État non membre observateur de cette organisation, la France a voté en faveur de la solution des deux États, de deux États pour deux peuples, Israël et la Palestine (...) en faveur d’une solution aujourd’hui menacée par l’impasse du processus de paix” (AGNU, A/67/PV.44, 44.^a sessão plenária, 29 de novembro de 2012, p. 15). Ele acrescenta: “En 1982 déjà, devant la Knesset, à Jérusalem, le Président François Mitterrand appelait à la création d’un État palestinien. Depuis, la France n’a pas ménagé ses efforts pour promouvoir cette solution. C’est dans la lignée de cet héritage que le Président François Hollande, en 2012, s’est engagé à soutenir la reconnaissance internationale de l’État palestinien”. Todavia, a França não deixa de ser cautelosa, pois: “Il reste à donner une réalité à cette vision de deux États pour deux peuples. La reconnaissance internationale qu’accorde aujourd’hui cette Assemblée au projet étatique palestinien ne pourra se traduire dans les faits que par un accord, fruit de la négociation entre les deux parties sur l’ensemble des questions du statut final dans le cadre d’un règlement de paix juste et global, qui réponde aux aspirations légitimes d’Israël et de la Palestine” (*ibid.*, p. 15).
47. É por 339 votos contra 151 que a Assembleia Nacional adotou, a 2 de dezembro de 2014, um texto, sem valor vinculativo mas com forte teor simbólico, “invit[ant] le Gouvernement français à reconnaître l’État de Palestine en vue d’obtenir un règlement définitif du conflit” e afirmando que “o *statu quo* é insustentável”. Alguns dias depois, a 11 de dezembro de 2014, o Senado adotou, por sua vez, esta resolução, por 154 votos a favor contra 146, chamando ao mesmo tempo ao “relançamento imediato” das negociações israelo-palestinas.
48. Numa tribuna em prol da resolução, deputados socialistas escreviam: “Depuis 1967, Israël vit dans l’illégalité. Insensible aux prescriptions du droit international et aux faibles pressions diplomatiques, le Gouvernement israélien fait prévaloir la logique de puissance sur tout esprit de compromis. Israël campe sur un refus de principe de négocier les trois points fondamentaux que représentent le partage de Jérusalem, le retour aux frontières de 1967, et une solution acceptable sur la question des réfugiés de 1948. Un *statu quo* mortifère et contre-productif qui fait le jeu des extrémistes et qui n’assure en rien la sécurité d’Israël. L’escalade de la violence à Jérusalem l’atteste. La sécurité du peuple israélien passe par la reconnaissance du droit légitime des Palestiniens à disposer de leur propre État” (F. ASENSI, A. CHASSAIGNE, “Reconnaître l’État de Palestine, une urgence”, *Libération*, 12 de novembro de 2014).
49. Durante os debates na Assembleia Nacional em 28 de novembro de 2014, Laurent Fabius enfatizou a urgência de se chegar à solução de dois Estados: “Nous partageons tous devant ce conflit un sentiment d’urgence. Nous mesurons la gravité de la situation. Nous savons les ravages que crée des deux côtés, et ailleurs, l’absence de perspective concrète de solution”; “C’est d’ailleurs le paradoxe tragique du conflit israélo-palestinien et, d’une certaine façon, sa spécificité par rapport à d’autres conflits : les termes de sa résolution sont pour l’essentiel déjà connus, et cependant il apparaît depuis des décennies comme le symbole du conflit insoluble. Car il est vrai que la méfiance est très forte entre les deux parties, même si les opinions publiques des deux côtés restent majoritairement favorables à la solution des deux États. La poursuite, jugée illégale en droit international, des implantations depuis les années 1970 dans les territoires occupés par Israël menace à un terme de plus en plus rapproché la viabilité d’un État palestinien, cependant que la position de certains groupes palestiniens comme le Hamas, qui appellent à la destruction d’Israël, rejettent les accords d’Oslo et exaltent la violence, est évidemment contraire à la volonté de solution et à nos choix. (...) Bref, face à une paix nécessaire et espérée, il faut constater que les obstacles se multiplient. (...) Cette situation dramatique, c’est à la fois l’expression et l’aboutissement de décennies de tensions, avec l’engagement périodique de négociations et l’échec périodique de ces mêmes négociations” (*Jornal Oficial da República Francesa*, nº 124 AN (CR), pp. 9363-9364).
50. Laurent Fabius declarou: “La France défend depuis longtemps, très longtemps, l’idée que la reconnaissance de l’État de Palestine doit intervenir dans le cadre d’un règlement global et définitif du conflit négocié par les deux parties, pour une raison simple et forte : nous ne voulons pas d’une reconnaissance

symbolique qui n'aboutirait qu'à un État virtuel. Nous voulons un État de Palestine réel. Après vingt-cinq années de 'processus de paix' sans résultat, il est clair que l'on ne peut pas se contenter d'une reconnaissance qui serait en trompe-l'œil et qui ne serait suivie d'aucun effet concret " (*ibid.*, p. 9364). No entanto, o Ministro indicou um prazo de dois anos antes de qualquer reconhecimento pela França: "Aux Nations Unies, nous travaillons avec nos partenaires pour essayer, je dis bien essayer, de faire adopter une résolution du Conseil de sécurité en vue d'une relance et d'une conclusion des négociations, pour laquelle le terme de deux années est le plus souvent évoqué ; le Gouvernement peut reprendre ce chiffre à son compte. Et si ces efforts échouent, dira-t-on ? Si cette ultime tentative de solution négociée n'aboutit pas? Alors, il faudra que la France prenne ses responsabilités, en reconnaissant sans délai l'État de Palestine. Nous y sommes prêts" (*ibid.*, p. 9365).

51. Proposta pelo partido da oposição, o Sinn Fein, a moção obteve, todavia, o apoio de todos os partidos do Parlamento irlandês, incluindo os da aliança governamental.
52. Apresentada conjuntamente pela maioria do centro direito ao poder e pelo partido socialista, principal partido de oposição, a moção foi adotada com os votos da maioria e de uma parte da oposição. Um contraprojeto de moção, que acabou por fracassar, tinha por objetivo que Portugal reconhecesse a Palestina por uma iniciativa própria, a exemplo da Suécia, sem solicitar uma coordenação por parte da União Europeia na matéria.
53. Lançada por iniciativa do movimento "Ação Aid Dinamarca", que tem recolhido milhares de assinaturas, a moção foi depois apresentada ao Parlamento dinamarquês por uma coligação de extrema-esquerda.
54. A primeira moção, adotada com 34 votos a favor, 23 abstenções e 3 votos contra, condena igualmente "qualquer violência em relação às populações civis", e indica que "a solução de dois Estados" é a única capaz de conduzir à paz. Decalcada sobre a moção do Parlamento Europeu adotada no mesmo dia, uma moção apresentada por um partido de oposição também foi adotada por uma maioria mais estreita, com 26 votos a favor, 31 abstenções e 3 votos contra. Nesta segunda moção, é pedido ao Estado palestino que reconheça Israel e que tome as suas responsabilidades no que diz respeito ao Hamas.
55. Nos dois casos, os deputados italianos votaram as resoluções com confortáveis maiorias. Enquanto o primeiro texto pede ao Governo para "promover o reconhecimento da Palestina", tomando ao mesmo tempo "em consideração as preocupações e os interesses legítimos do Estado de Israel", o segundo texto convida o Governo a "promover a obtenção de um acordo político entre o Fatah e o Hamas, que, através do reconhecimento do Estado de Israel e o abandono da violência, determine as condições para o reconhecimento do Estado palestino". Devido à ausência de um reconhecimento incondicional do Estado palestino, estas duas resoluções foram, todavia, alvo de críticas por parte da Palestina.
56. O delegado italiano na AGNU, o Sr. Ragaglini, declarou que o voto da Itália foi determinado diretamente pelas "informações transmitidas por le Président Abbas sur l'approche constructive qu'il compte adopter après le présent vote. Je veux parler en particulier de sa volonté de reprendre les négociations directes sans conditions préalables et de s'abstenir de demander à devenir membre d'autres organismes spécialisés dans les circonstances actuelles, ou de chercher à invoquer la compétence de la Cour pénale internationale. S'agissant de cette dernière éventualité, l'Italie ne tolérerait pas d'initiatives qui n'auraient d'autre but que de remettre en cause le droit inaliénable d'Israël à se défendre ou à recourir aux mesures nécessaires pour protéger la vie de ses citoyens. (...) L'Italie insiste sur le fait que son vote aujourd'hui ne préjuge aucunement de son attachement à un accord de paix global négocié, qui reste la seule voie possible vers un État palestinien membre de plein droit de l'ONU" (AGNU, A/67/PV.44, 44.^a sessão plenária, 29 de novembro de 2012, p. 20).
57. Esta resolução de compromisso promovida pelos principais partidos da direita e da esquerda, dos democratas-cristãos aos comunistas, foi adotada por 498 votos a favor, 88 contra e 11 abstenções.
58. O Parlamento Europeu indica ter apoiado "a proposta da Palestina para se tornar um Estado observador não membro da ONU", porque considera que esta seria "um passo importante para dar mais visibilidade, força e eficácia às reivindicações palestinianas" (ponto D do preâmbulo). Neste sentido, "apoia os esforços do Presidente Abbas e do Governo de consenso nacional palestino; salienta uma vez mais a importância de se consolidar a autoridade

- do Governo de consenso palestino e sua capacidade de administração da Faixa de Gaza; insta todas as fações palestinas, incluindo o Hamas, a aceitar os compromissos da OLP e a pôr termo aos dissídios internos; solicita a prossecução do apoio e da assistência da União ao reforço das capacidades institucionais da Palestina" (§ 2).
59. A este respeito, o Parlamento Europeu recorda que "o reconhecimento do Estado da Palestina é da competência dos Estados membros" (ponto F do preâmbulo).
60. Ver nomeadamente J. SALMON, "La qualité d'État de la Palestine", *Revue belge de droit international*, vol. 45, 2012, p. 13: "Face à un processus de paix qui est à l'arrêt du fait de la politique d'obstruction d'Israël, à une occupation qui perdure depuis 55 ans, à une colonisation qui s'étend, à des violations du droit humanitaire constantes, à la construction d'un mur de séparation reconnue comme contraire au droit international par la Cour internationale de Justice, en un mot face à une politique israélienne tendant à rendre impossible un État palestinien viable, la reconnaissance de la Palestine comme État apparaît comme un moyen, en confirmant un statut qui lui est dû, de freiner les visées annexionnistes d'Israël, il n'y a que la forme juridique 'État' qui donne à une entité politique la plénitude de droits (et de devoirs) dans la communauté des nations".
61. TIJ, *Consequências Jurídicas da Edificação de um Muro no Território Palestino Ocupado*, parecer consultivo de 9 de julho de 2004. Neste parecer, o TIJ concluiu que: "L'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, et le régime qui lui est associé sont contraires au droit international" (*Rec.* 2004, § 163). Por conseguinte: "Israël est dans l'obligation de mettre un terme aux violations du droit international dont il est l'auteur ; il est tenu de cesser immédiatement les travaux d'édification du mur qu'il est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, de démanteler immédiatement l'ouvrage situé dans ce territoire et d'abroger immédiatement ou de priver immédiatement d'effet l'ensemble des actes législatifs et réglementaires qui s'y rapportent (...)"; "Israël est dans l'obligation de réparer tous les dommages causés par la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est" (*idem*).
62. *Relatório do Comité de Admissão de Novos Membros sobre o Pedido de Admissão da Palestina à ONU*, 11 de novembro de 2011, S/2011/705, §§ 7, 11, 12, 16.
63. O relatório salienta, no entanto, alguma reserva por parte de certos Estados: "Des questions ont toutefois été soulevées à propos de la capacité de l'Autorité palestinienne d'entrer en relations avec d'autres États compte tenu du fait que, selon les Accords d'Oslo, l'Autorité palestinienne ne pouvait pas établir de relations diplomatiques" (§ 14). Sobre esta questão, ver nomeadamente: T. GARCIA, "La participation de la Palestine aux organisations internationales", in M. ARCARI, L. BALMOND, *Diversification des acteurs et dynamique normative en droit international*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 335-372; N. DE RIVIÈRE, T. GORJESTANI, "La question de la Palestine aux Nations Unies et dans les organisations internationales", *RGDIP*, vol. 116, 2012, pp. 549-556.
64. Conselho Executivo da UNESCO, *Comptes rendus analytiques*, 187 EX/SR.1-8, 5 de outubro de 2011, Sr. Aldrees (Arábia Saudita), p. 99, § 4.
65. *Ibid.*, Sra. Shi (China), p. 103, § 24.
66. *Ibid.*, Sr. El-Zahabi (Egito), p. 101, § 14.
67. *Ibid.*, Sr. Gunawardena (Sri Lanka), p. 101, § 15.3.
68. *Ibid.*, Sr. Carvallo Rey (Peru), p. 104, § 28.
69. *Ibid.*, Sr. Papa Momar Diop (Senegal), p. 104, § 30.
70. *Ibid.*, Sra. Inayatullah (Paquistão), p. 102, § 20.1.
71. *Ibid.*, Sr. Kolesnikov (Rússia), p. 103, § 25.1.
72. AGNU, A/67/PV.44, 44.^a sessão plenária, 29 de novembro de 2012, Sr. Natalegawa (Indonésia), p. 8.
73. *Ibid.*, Sra. Flores (Honduras), p. 19. Para o Honduras, se o reconhecimento deve ser visto como um sinal forte no sentido da paz, este não é suficiente e deverá ser acompanhado de negociações: "c'est cette reconnaissance mutuelle de leur droit à l'autodétermination et de leur droit d'exister en tant qu'États qui va sceller la paix définitive entre les deux nations, et non les résolutions de la communauté internationale" (*idem*).

74. *Ibid.*, o Sr. Davutoğlu (Turquia), p. 11. Em longos desenvolvimentos, o delegado da Turquia invoca três razões principais a fim de justificar o seu apoio em prol do reconhecimento da Palestina como membro de pleno direito da ONU: “La première et la plus importante est qu’il s’agit pour nous d’une obligation humanitaire et morale. Nul ne peut nier les souffrances endurées par les Palestiniens depuis la Première Guerre mondiale jusqu’à aujourd’hui. Il y a toujours eu une excuse au traitement inhumain du peuple palestinien.

La deuxième raison a trait au contexte politique et historique. Malheureusement, le processus de négociation en vue d’une paix globale fondée sur la solution de deux États, vivant côte à côte dans la paix, est gelé. Au lieu de cela, nous voyons qu’au fil des jours on s’écarte de la solution internationalement acceptée de la création d’une Palestine indépendante à l’intérieur des frontières de 1967, ayant Jérusalem-Est pour capitale. Le *statu quo* actuel ne peut pas durer et n’est pas acceptable. La récente attaque israélienne contre Gaza, qui a entraîné la mort de nombreux civils innocents en est la preuve. Pendant ce temps, la poursuite de la construction de nouvelles colonies de peuplement illégales compromet la réalisation de la solution des deux États.

La troisième raison est liée à notre projet stratégique pour la Palestine et notre région. La paix au Moyen-Orient et au-delà ne peut être instaurée sans un règlement juste et global de la question palestinienne. Le blocage des négociations et l’impasse dans laquelle la région se trouve actuellement ne servent les intérêts de personne. Le fait d’appuyer la demande palestinienne revient à savoir si nous voulons une paix durable au Moyen-Orient et au-delà. L’octroi à la Palestine du statut d’État non membre observateur à l’ONU permettra de faire avancer les choses. Cela donnera l’élan nécessaire et attendu depuis longtemps à un règlement global négocié et ne servira pas de solution de remplacement. Nous appelons à la paix, ni plus ni moins” (*idem*).

75. *Ibid.*, p. 10.

76. *Ibid.*, p. 11.

77. *Idem*.

78. *Ibid.*, Sr. Starčević (Sérvia), p. 18. O delegado sérvio declara: “Contrairement à la Yougoslavie de 1967 à 1992, la Serbie a établi des relations diplomatiques avec Israël et entretient des liens de coopération amicale avec cet État.

Par conséquent, nous connaissons bien les préoccupations légitimes d’Israël en matière de sécurité et nous avons tout intérêt à promouvoir une telle solution, qui doterait la Palestine du statut d’État et garantirait la sécurité et la paix à Israël et à la Palestine. Ni une nation dont le peuple a été victime de l’Holocauste, ni une nation encore en quête d’un État ne méritent de vivre dans les mêmes conditions précaires depuis plus de 60 ans”, daí a preconização do rápido reatamento das negociações (*idem*).

79. *Ibid.*, Sr. Tafrov (Bulgária), pp. 17-18.

80. *Ibid.*, Sra. Hrdá (República Checa), p. 21.

81. *Ibid.*, Sr. Körösi (Hungria), p. 21. Embora preocupado pelos “efeitos nefastos” que poderiam resultar da votação na Assembleia Geral, o delegado húngaro afirmou: “Nous sommes fermement convaincus qu’un règlement du conflit au Moyen-Orient doit être fondé sur la solution à deux États. Dans cette optique, nous appuyons l’établissement d’un État palestinien souverain, viable et d’un seul tenant, vivant côte à côte avec Israël dans la paix et la sécurité, et dont la mise en œuvre passe par des négociations directes” (*idem*).

82. Comunicado da Agência France Presse de 30 de outubro de 2014.

83. Sem surpresa, esta iniciativa foi qualificada pelo Ministro israelita dos Negócios estrangeiros, Avigdor Lieberman, de “decisão malheurosa, qui renforce les éléments extrémistes et la politique de refus des Palestiniens”. Ele acrescentou, não sem alguma ironia: “Le Gouvernement suédois doit comprendre que les relations au Moyen-Orient sont plus compliquées que le montage des meubles Ikea, et qu’il faut agir en ce domaine avec responsabilité et sensibilité” (*idem*). Pelo contrário, esta iniciativa foi saudada pelo Presidente palestino, Mahmoud Abbas, como “corajosa e histórica”. Chamou “tous les États dans le monde qui hésitent encore à reconnaître [le] droit à un État palestinien indépendant sur les frontières de 1967 et ayant Jérusalem-Est comme capitale à suivre l’exemple de la Suède” (*idem*).

84. O reconhecimento estatal é um privilégio estreitamente ligado à soberania dos Estados. Devido à sua qualidade de Estado *sui generis* afetado por uma *capitis diminutio*, que impede de o considerar como um Estado soberano de pleno direito, a Santa Sé reconheceu formalmente o Estado da Palestina através de um acordo bilateral e não através de um ato

unilateral. Ambos partilham hoje o estatuto, que resulta do costume, de Estado observador não membro da ONU. Acrescente-se que, desde muito tempo, a Santa Sé tenta negociar um acordo similar com Israel, mas sem êxito até à data.

85. Neste sentido, ver os propósitos do Embaixador da Palestina na ONU, Riyad Mansour, *in* "Riyad Mansour: 'Reconnaître la Palestine, un investissement pour la paix'", entrevista realizada por Pierre BARBANCEY, *L'Humanité*, 18 de junho de 2015.

REGRAS DE MANDELA: O DESAFIO DA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS PRIVADOS DE LIBERDADE NO BRASIL (*)

.....
César Oliveira de Barros Leal

Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Doutor em Direito (UNAM); Pós-doutor em Estudos Latino-americanos (Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da UNAM); Pós-doutor em Direito (Universidade Federal de Santa Catarina); Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos; Membro da Assembleia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

RESUMO

O artigo, além de transcrever diversas Regras das Nações Unidas para o Tratamento do Preso, de aplicação geral ou a categorias especiais, agora intituladas Regras de Mandela, faz um pequeno percurso por sua história e realça sua importância para a administração dos centros penitenciários e o tratamento dos privados de liberdade, com vistas a promover o respeito a seus direitos humanos. O autor enquadra as Regras no contexto do sistema penitenciário brasileiro e assinala como essas podem servir de norte e estímulo para superar muitos de seus males e, assim, reduzir o hiato existente entre o modelo mínimo que se persegue e a triste realidade dos cárceres.

Palavras Chave

Regras Mínimas; Mandela; direitos humanos; Administração penitenciária; tratamento dos presos; hiato; desafio.

INTRODUÇÃO

Em seu Voto Concorde, de 07 de julho de 2004, à Resolução sobre Medidas Provisórias (Corte Interamericana de Direitos Humanos, San José, Costa Rica), no caso da Penitenciária de Segurança Máxima José Mário Alves da Silva, mais conhecida como Urso Blanco, localizada em Porto Velho, capital do estado nortenho de Rondônia, Antônio Augusto Cançado Trindade afiançou, ante a pletora de denúncias de violação dos direitos humanos naquele que foi, durante largo tempo, um dos símbolos mais contundentes da decadência do sistema prisional brasileiro, que o princípio básico do respeito à dignidade da pessoa humana “alcança todos os

seres humanos, em quaisquer circunstâncias, inclusive os que se encontrem privados de liberdade”, assinalando que a Corte, em sua jurisprudência constante, tem recordado ser o Estado “o garante dos direitos dos reclusos, que se encontram sujeitos à sua custódia”, ou seja: “toda pessoa privada de liberdade tem direito a viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal e o Estado deve garantir-lhe o direito à vida e à integridade pessoal.”

As palavras do distinto juiz, hoje integrante da Corte Internacional de Justiça (Haia) e Membro do Conselho Diretor do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo), nos faz repensar sobre o imenso desafio que representa, para as instâncias governamentais e a sociedade civil, o assegurar a proteção dos direitos humanos de milhares de homens e mulheres que, majoritariamente pobres, em situação de absoluta vulnerabilidade, etiquetados como cidadãos de categoria zero, povoam nossas prisões, em toda a extensão do país, convertidas em sua maioria, mercê do desprezo que tradicionalmente se lhes outorga, em lixeiras humanas.

Ao longo dos anos percorri este universo sombrio, onde, preservadas as exceções (a exemplo das prisões federais, um diminuto número de presídios estaduais e as ilhas de excelência constituídas pelas Associações de Proteção e Assistência ao Condenado – APACs e os centros de ressocialização do estado de São Paulo), predominam territórios de violência (física, mental e sexual), uso e tráfico de drogas, abuso de poder, abandono generalizado e desesperança, nos quais, sem vestígios de classificação¹, de individualização, de separação de qualquer natureza, um número crescente de

reclusos, condenados ou à espera de julgamento (estes últimos durante meses ou anos), vegetam ociosos, prisionizados², muitas vezes sob o jugo de bandos e quadrilhas, como o Comando Vermelho, o PCC (Primeiro Comando da Capital), os Anjos da Morte e os Mensageiros do Inferno.

No meio dos males deste cenário, que se reproduz em grande parte dos países da América Latina, sobressai o espectro da superpopulação, elevada a índices alarmantes (basta citar o Reclusório Preventivo Norte, DF, México; a Penitenciária Central de Honduras; a Prisão de Lurigancho, em Lima, Peru; o Cárcere Nacional Modelo de Bogotá; o Cárcere Bellavista, em Medellín; o Cárcere García Moreno, em Quito; e, no Brasil, o Complexo Prisional do Curado, antigo Aníbal Bruno, em Recife, Pernambuco; o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luis, Maranhão; o Presídio Central de Porto Alegre, Rio Grande do Sul; a Casa de Detenção Desembargador Raimundo Vidal Pessoa, em Manaus, Amazonas; e os Centros de Detenção Provisória de São Paulo). A saturação gera obstáculos, quase sempre insuperáveis, ao mínimo desempenho dos serviços essenciais como alimentação, higiene, assistência à saúde, oferta de trabalho e segurança interna.

Para Elías Carranza, diretor do Instituto Latino-americano das Nações Unidas para

a Prevenção de Delito e Tratamento do Delinquent (ILANUD), que esteve em Fortaleza, Ceará, como conferencista do IV Curso Brasileiro Interamericano de Direitos Humanos: O Respeito à Dignidade da Pessoa Humana (organizado pelo Instituto Brasileiro de Direitos Humanos e o Instituto Interamericano de Direitos Humanos, no período de 3 a 14 de agosto de 2015), a superpopulação é um câncer, ou melhor dito, o talão de Aquiles do sistema penitenciário. A seu juízo, quanto mais reclusos são alojados em um cárcere, menor é sua dimensão humana e, portanto, maior a vulneração do valor supremo da dignidade humana.³ A sobrecarga da população traz consigo a aglomeração e conseqüentemente a promiscuidade, a proliferação de enfermidades (como escabiose, tuberculose, hepatite e HIV/AIDS⁴), o aumento da corrupção e a multiplicação de conflitos e agressões, seja de reclusos entre si, seja de reclusos com o pessoal que trabalha intramuros.

Em sua conferência magna, sob o título “Criminalidade, Justiça Penal e Dignidade da Pessoa Humana na América Latina e no Caribe”, Elías Carranza apresentou o seguinte quadro, relativo ao ano de 2013:

SUPERPOPULAÇÃO PENITENCIÁRIA EM PAÍSES DA AMÉRICA LATINA 2013			
PA de 3 a 14 de agosto de 2015	CAPACIDADE DO SISTEMA	POPULAÇÃO EXISTENTE	DENSIDADE POR CEM VAGAS
El Salvador	8.090	27.019	334
Venezuela	16.539	52.933	320
Bolívia *	5.436	14.272	263
Peru	29.043	61.390	211
Nicarágua	4.399	9.113	207
Guatemala	6.492	12.303	190
Rep. Dominicana	12.207	21.688	178
Equador	12.170	21.122	174
Panamá	8.033	13.720	171
Brasil	305.841	512.285	168
Colômbia	75.726	114.872	152
Honduras	8.340	12.307	148

(continua)

SUPERPOPULAÇÃO PENITENCIÁRIA EM PAÍSES DA AMÉRICA LATINA 2013 (conclusão)			
PA de 3 a 14 de agosto de 2015	CAPACIDADE DO SISTEMA	POPULAÇÃO EXISTENTE	DENSIDADE POR CEM VAGAS
Chile	36.740	53.602	146
Costa Rica	9.803	13.057	133
México	195.278	242.754	124
Uruguai	7.302	9.067	124
Paraguai	5.863	7.161	122
Argentina	58.211	58810	101
Elías Carranza, ILANUD. Elaborado com informação oficial proporcionada pelas autoridades de cada país. Os dados da Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, Paraguai, República Dominicana e Uruguai são de 2011. O dado da Bolívia é de 2006.			

O certo é que o Brasil é visto como um dos países da região que mais vulneram os direitos humanos de seus cidadãos encarcerados. Conforme diversos organismos de defesa dos direitos humanos, como a ONG brasileira Justiça Global, a Anistia Internacional⁵ e *Human Rights Watch* (Observatório de Direitos Humanos, à qual nos incumbe felicitar por sua postura afirmativa quanto às audiências de custódia – inspiradas na Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José, de 22 de novembro de 1969 e levadas a cabo preferivelmente 24 horas depois da prisão *in flagrancia* – como uma das respostas para a redução da cifra de presos provisórios), os reclusórios (instituições contra natura, esmagadoras, na linguagem de Julio Scherer García⁶) têm confirmado progressivamente, em toda a dimensão de sua tragédia anunciada, a imagem de centros de pós-graduação do crime, uma espécie de etapa na carreira delituosa pela qual passariam os verdadeiros malfeitores.⁷

Neste contexto, algumas interrogações costumam ser colacionadas por quem pretende ter uma percepção clara do significado e da efetiva aplicação das Regras Mínimas: a) Em que consistem exatamente ditas Regras?; b) Qual sua importância para a execução penal?; c) Até que ponto os administradores, os técnicos e os custódios estão familiarizados com seu teor? Que dizer dos presidiários?; d) Os que as conhecem tentam nortear sua atuação de acordo com os princípios nelas definidos?; e) Como são vistas por advogados, defensores públicos, juízes e promotores de justiça? São perguntas que buscaremos, em uma síntese apertada, responder a seguir:

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

No ano 1929, a Comissão Internacional Penal e Penitenciária redigiu regras sobre tratamento dos presos, aprovadas cinco anos depois pela Liga das Nações. Posteriormente, em Genebra, em 1955, no 1º Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, a ONU as aprovou sob o título de *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Presos*. Em 1971, a Assembleia da ONU concluiu que as Regras Mínimas (“Expressão de valores universais tidos como imutáveis no patrimônio jurídico do homem”) deveriam ser implantadas na administração das instituições penais, pelos governos de todos os Estados Membros.

Depois das Regras Mínimas seguiram documentos das Nações Unidas que as complementaram quanto às condições das cárceres e ao tratamento de seus habitantes: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1996; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou de Encarceramento, de 1988; Princípios Básicos para o Tratamento dos Presos, de 1990.

Ponha-se em destaque que as Regras Mínimas (*Standard Minimum Rules*) foram objeto de discussão no 13º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Justiça Penal, realizado em Doha, Catar, de 13 a 19 de abril de 2015, no qual estivemos presentes. Compiladas pela *Penal Reform International*,

havia sido objeto de revisão final por um grupo de expertos reunidos de 2 a 5 do mês anterior na Cidade do Cabo (África do Sul) e o foram depois em Viena. Em homenagem a um dos mais ilustres presos de nossa história contemporânea, aprisionado durante vinte e sete anos, que recebeu o Prêmio Nobel da Paz (por sua luta em prol da liberdade, da igualdade e da democracia) e se tornou Presidente da África do Sul, passaram a denominar-se Regras de Mandela.⁸

Algumas questões – que justificaram a revisão das Regras – foram objeto de especial recomendação do Grupo de Expertos⁹, segundo consta em seu Preâmbulo: a) o respeito à dignidade e o valor inerente dos presos como seres humanos; b) os serviços médicos e sanitários; c) as medidas e sanções disciplinares, inclusive o papel do pessoal médico, a reclusão em regime de isolamento e a redução de alimentos; d) a investigação de todas as mortes de presos, assim como de todo indício ou denúncia de tortura ou de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes aos presos; e) a proteção e as necessidades especiais dos grupos vulneráveis privados de liberdade, tendo em conta os países que se encontram em circunstâncias difíceis; f) o direito à representação de um advogado; g) as queixas e as inspeções independentes; h) a substituição de terminologia obsoleta; e i) a capacitação do pessoal pertinente a fim de que aplique as Regras Mínimas.

Ditos ajustes, anunciados com muita antecipação, não buscaram reduzir o alcance de nenhuma das normas existentes, senão refletir os recentes avanços da ciência penitenciária e as boas práticas, com vistas a promover a segurança e as condições dignas dos reclusos. Algo que se impunha e foi saudado com respeito e entusiasmo.

3. AS REGRAS: APONTAMENTOS E EXEMPLOS

As Regras de Mandela recomendam igualmente que os Estados Membros continuem procurando limitar a aglomeração no encerro e, quando procedente, recorram a medidas não privativas de liberdade como alternativa à prisão preventiva. Além disso, reforçam o caráter não vinculante das Regras.

Basicamente, o que fazem as Regras Mínimas das Nações é consolidar certos princípios fundamentais no tocante à administração das

prisões e ao tratamento dos presos, chamando a atenção para a pluralidade das condições socioeconômicas e legais observáveis nos países para os quais se destinam.

São divididas em duas partes: a primeira é referente à administração geral dos estabelecimentos prisionais e compreende regras aplicáveis a todas as categorias de presos, da órbita criminal ou civil, condenados ou provisórios, inclusive aqueles submetidos a medidas de segurança ou medidas correccionais estabelecidas pela autoridade judiciária; a segunda, por sua vez, trata de cada uma das categorias especiais.

Eis algumas das Regras de Aplicação Geral:

Princípios fundamentais

Regra 1

Todos os presos serão tratados com o respeito que merecem sua dignidade e valor intrínsecos em quanto seres humanos. Nenhum preso será submetido a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, contra os quais se haverá de proteger todos os presos, e não se poderá invocar nenhuma circunstância como justificação em contrário. Velar-se-á a todo momento pela segurança dos presos, do pessoal, dos provedores de serviços e dos visitantes.

Regra 2

1. As presentes regras se aplicarão de forma imparcial. Não haverá discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação. Deverão respeitar-se as crenças religiosas e preceitos morais dos presos.

2. Com o propósito de aplicar o princípio de não discriminação, as administrações penitenciárias terão em conta as necessidades individuais dos presos, em particular das categorias mais vulneráveis no contexto penitenciário. Dever-se-ão adotar medidas de proteção e promoção dos direitos dos presos com necessidades especiais, e ditas medidas não se considerarão discriminatórias.

Regra 3

A prisão e demais medidas cujo fim é separar uma pessoa do mundo exterior são

aflitivas pelo fato mesmo de que despojam essa pessoa de seu direito à autodeterminação ao privá-la de sua liberdade. Portanto, à exceção das medidas de separação justificadas e das que sejam necessárias para a manutenção da disciplina, o sistema penitenciário não deverá agravar os sofrimentos inerentes a tal situação.

Regra 5

1. O regime penitenciário procurará reduzir ao mínimo as diferenças entre a vida em prisão e a vida em liberdade que tendam a debilitar o sentido de responsabilidade do preso ou o respeito à sua dignidade como ser humano.

2. As administrações penitenciárias facilitarão todas as instalações e condicionamentos razoáveis para assegurar que os presos com incapacidades físicas, mentais ou de outra índole participem em condições equitativas e de forma plena e efetiva da vida em prisão.

Regra 11

Os presos pertencentes a categorias diferentes deverão ser alojados em estabelecimentos diferentes ou em pavilhões diferentes dentro de um mesmo estabelecimento, segundo seu sexo e idade, seus antecedentes penais, os motivos de sua detenção e o tratamento que corresponda aplicar-lhes; por conseguinte: a) os homens serão reclusos, na medida do possível, em estabelecimentos diferentes dos das mulheres e, nos estabelecimentos mistos, o pavilhão destinado às mulheres estará completamente separado dos homens; b) os presos à espera de julgamento estarão separados dos apenados; c) os encarcerados por dívidas ou outras causas civis estarão separados dos encarcerados por causas criminais; e d) os jovens estarão separados dos adultos.

Regra 13

Os locais de alojamento dos presos, e especialmente os dormitórios, deverão cumprir todas as normas de higiene, particularmente no que respeita às condições climáticas e, em concreto, ao volume de ar, a superfície mínima, a iluminação, a calefação e a ventilação.

Regra 25

1. Todo estabelecimento penitenciário contará com um serviço de atenção sanitária

encarregado de avaliar, promover, proteger e melhorar a saúde física e mental dos presos, em particular dos que tenham necessidades sanitárias especiais ou problemas de saúde que dificultem sua reeducação.

2. O serviço de atenção sanitária constará de uma equipe interdisciplinar com suficiente pessoal qualificado que atue com plena independência clínica e possua suficientes conhecimentos especializados em psicologia e psiquiatria. Todo preso terá acesso aos serviços de um dentista qualificado.

Regra 36

A disciplina e a ordem se manterão sem imporem mais restrições das necessárias para garantir a custódia segura, o funcionamento seguro do estabelecimento penitenciário e a boa organização da vida em comum.

Regra 43

1. As restrições ou sanções disciplinares não poderão, em nenhuma circunstância, equivaler a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, ficarão proibidas as seguintes práticas: a) o isolamento indefinido; b) o isolamento prolongado; c) o encerco em uma cela escura ou permanentemente iluminada; d) as penas corporais ou a redução dos alimentos ou da água potável; e e) os castigos coletivos.

Regra 50

As leis e regulamentos que regulem os registros de reclusos e celas serão acordes com as obrigações dimanadas do direito internacional e tomarão em consideração as regras e normas internacionais, tendo em conta a necessidade de garantir a segurança no estabelecimento penitenciário. Os registros se realizarão de um modo que respeite a dignidade intrínseca do ser humano e a intimidade das pessoas, assim como princípios de proporcionalidade, legalidade e necessidade.

Regra 59

Na medida do possível, os presos serão internados em estabelecimentos penitenciários próximos a seu lar ou a seu lugar de reinserção social.

Regra 74

1. A administração penitenciária selecionará cuidadosamente o pessoal de todos os graus, posto que da integridade, humanidade, aptidão pessoal e capacidade profissional de dito pessoal dependerá a boa direção dos estabelecimentos penitenciários.

2. A administração penitenciária se esforçará constantemente por despertar e manter, no espírito do pessoal e na opinião pública, a convicção de que a função penitenciária constitui um serviço social de grande importância e, para esse fim, utilizará todos os meios apropriados para informar o público.

3. Para lograr os fins mencionados será indispensável que os membros do pessoal penitenciário sejam profissionais contratados em tempo completo com a condição de funcionários públicos e, portanto, com a segurança de que a estabilidade em seu emprego dependerá unicamente de sua boa conduta, da eficácia de seu trabalho e de sua aptidão física. A remuneração do pessoal deverá ser suficiente para obter e conservar os serviços de homens e mulheres capazes. As prestações laborais e condições de serviço serão favoráveis, tendo em conta o difícil trabalho que desempenham.

Entre as Regras aplicáveis a categorias especiais citamos:

A. Presos apenados

Regra 87

É conveniente que, antes que o preso termine de cumprir sua pena, se adotem as medidas necessárias para lhe assegurar um retorno progressivo à vida em sociedade. Este propósito pode alcançar-se, segundo os casos, com um regime preparatório para a colocação em liberdade, organizado dentro do mesmo estabelecimento penitenciário ou em outra instituição apropriada, ou mediante a liberdade condicional sob uma vigilância que não deverá confiar-se à polícia e que compreenderá uma assistência social eficaz.

Regra 90

O dever da sociedade não termina com a colocação em liberdade do preso. Por conseguinte, se haverá de dispor dos serviços de organismos governamentais ou privados capazes de prestar ao ex-presos uma ajuda

pós-penitenciária eficaz que contribua para diminuir os preconceitos contra ele e lhe permita reinserir-se na sociedade.

B. Presos com incapacidades ou enfermidades mentais

Regra 109

1. Não deverão permanecer em prisão as pessoas que não sejam consideradas penalmente responsáveis ou que sejam diagnosticadas com uma incapacidade ou enfermidade mental grave, cujo estado pudesse agravar-se em prisão, e se procurará transferir essas pessoas a centros de saúde mental o antes possível.

2. Em caso necessário, outros presos com incapacidades ou enfermidades mentais poderão ser observados e tratados em centros especializados sob a supervisão de profissionais da saúde competentes.

C. Pessoas detidas ou à espera de julgamento

Regra 111

1. Para os fins das disposições seguintes se denominará “presos à espera de julgamento” as pessoas que se encontrem detidas ou presas em um local de polícia ou em prisão após haver-se-lhes imputado um delito, mas que ainda não hajam sido julgados.

2. Os presos à espera de julgamento gozarão da presunção de inocência e deverão ser tratados de forma consequente com dita presunção.

3. Sem prejuízo das disposições legais relativas à proteção da liberdade individual ou ao procedimento que se deverá seguir com respeito aos reclusos à espera de julgamento, estes últimos gozarão de um regime especial que se descreve nas regras que figuram a seguir unicamente em seus aspectos essenciais.

D. Pessoas encarceradas por causas civis

Regra 121

Nos países cuja legislação permita a prisão por dívidas ou outras formas de prisão dispostas por decisão judicial como consequência de um processo civil, que cumpram essas penas de prisão não serão submetidos a maiores restrições nem tratados com mais severidade

que a requerida para a manutenção da segurança e da ordem. O tratamento que se lhes dê não será em nenhum caso mais severo que o que corresponda aos presos à espera de julgamento, com a exceção, não obstante, de que se lhes poderá obrigar a trabalhar.

4. EM BUSCA DE UM MODELO MÍNIMO

As Regras de Mandela não propõem um modelo de perfeição, mesmo porque se reconhece unanimemente que seu cumprimento cabal não se observa em nenhum país e muitos estão a anos luz de sua implementação. É o que consta em suas Observações preliminares 1 e 2.1, a saber: *Observação preliminar 1* (O objeto das seguintes regras não é descrever de forma detalhada um sistema penitenciário modelo, senão unicamente enunciar, partindo dos conceitos geralmente aceitos em nosso tempo e dos elementos essenciais dos sistemas contemporâneos mais adequados, os princípios e práticas que hoje em dia se reconhecem como idôneos no que diz respeito ao tratamento dos reclusos e a administração penitenciária) e *Observação preliminar 2.1* (É evidente que, devido à grande variedade de condições jurídicas, sociais, econômicas e geográficas existentes no mundo, não se podem aplicar indistintamente todas as regras em todas partes e a todo momento. Não obstante, estas regras deverão servir para estimular um esforço constante para vencer as dificuldades práticas que se opõem à sua aplicação, com a consciência de que representam em seu conjunto as condições mínimas admitidas pelas Nações Unidas).

A este respeito incumbe dar espaço ao Manual de Boa Prática Penitenciária, produzido pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos com a ajuda do Ministério de Justiça dos Países Baixos, segundo o qual as Regras Mínimas não devem ser vistas “como prescrevendo um modelo de sistema penitenciário perfeito.” Isto decorre do fato de que “dita determinação seria irreal, posto que pressupõe conhecimento e habilidade maior do que aquela de que se dispõe; não tomaria em conta a variação econômica, social, histórica e política entre diferentes países e, devido ao fato de que nenhum sistema penitenciário pode lograr e manter a perfeição permanente, negaria a necessidade de se esforçar em lograr uma mudança positiva contínua.”¹⁰ Mais adiante se lê no Manual que as RM “compreendem somente

requisitos básicos e mínimos – condições necessárias para que um sistema penitenciário logre níveis minimamente humanos e efetivos.¹¹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para muitos soa estranho o descompasso entre tão exuberante manifestação de princípios e a situação concreta da maior parte das prisões brasileiras, abrumadas por problemas sem fim. Não se discute quanto a isso. O hiato é incontestável. O que deve prevalecer, porém, não é a resignação com o que está posto, com o que existe, senão a busca de seu ajustamento a um ideário. Evidentemente, a modificação da realidade passa pelas normas, mas também e muito mais pela vontade política de implementá-las e o envolvimento da sociedade nos mais diferentes níveis (apoio, fiscalização) e pela ação firme e resoluta de juízes e promotores de justiça.

Algo há de ser fato para romper esta distância e a apatia ante a falta de dignidade, o desrespeito contínuo à integridade física e moral dos detidos e o descumprimento: a) dos princípios inscritos na Constituição Federal de 1988 (entre os quais: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: privação ou restrição da liberdade, prestação social alternativa, etc.; não haverá penas de caráter perpétuo e de trabalhos forçados; a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado); b) da Lei de Execução Penal, lei 7.210, de 14 de julho de 1984, fortemente influenciada pelas Regras Mínimas, em cuja Exposição de Motivos (item 65) consta que se tornará inútil a luta contra os efeitos da prisonização sem que se estabeleça a garantia jurídica dos direitos do condenado (artigo 3º: ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei; direitos que estão previstos em seu artigo 41: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos, em dias determinados; chamamento nominal;

igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes); e c) das Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil (também divididas em duas partes e aprovadas na reunião ordinária de 17.10.94 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão de assessoria do Ministério de Justiça, e agora pendentes de atualização)¹² Seguem exemplos:

PARTE I: REGRAS DE APLICAÇÃO GERAL

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

Art. 7º. Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

Artigo 15. A assistência à saúde do preso, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, psicológico, farmacêutico e odontológico.

Art. 21. A ordem e a disciplina deverão ser mantidas, sem se impor restrições além das necessárias para a segurança e a boa organização da vida em comum.

PARTE II: REGRAS APLICÁVEIS A CATEGORIAS ESPECIAIS

Artigo 54. Tão logo o condenado ingresse no estabelecimento prisional, deverá ser realizado exame de sua personalidade, estabelecendo-se programa de tratamento específico, com o propósito de promover a individualização da pena.

Artigo 59. O enfermo mental deverá ser custodiado em estabelecimento apropriado, não devendo permanecer em estabelecimento prisional além do tempo necessário para sua transferência.

Art. 61. Ao preso provisório será assegurado regime especial em que se observará: separação dos presos condenados; cela individual, preferencialmente; opção por alimentar-se às suas expensas; utilização de pertences pessoais; uso de sua própria roupa ou, quando for o caso, de uniforme diferenciado daquele utilizado por preso condenado; oferecimento de oportunidade de trabalho; e visita e atendimento do seu médico ou dentista.

Art. 62. Nos casos de prisão de natureza civil, o preso deverá permanecer em recinto separado dos demais, aplicando-se, no que couber, as normas destinadas aos presos provisórios.

Às Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil se somam inúmeros instrumentos de proteção dos direitos humanos daqueles que estão atrás das grades, como: a) os Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas; b) o Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas submetidas a qualquer forma de Detenção ou Prisão (já citados) e c) as Regras de Mandela, de que agora nos ocupamos, e que contêm a recomendação da Assembleia Geral aos Estados Membros não somente de se esforçar por melhorar as condições de reclusão, senão também continuar “procurando limitar a aglomeração nos cárceres e, quando proceda, recorram a medidas não privativas de liberdade como alternativa à prisão preventiva, promovendo um maior acesso a mecanismos de administração de justiça e de assistência letrada, reforçando as medidas substitutivas do encarceramento e apoiando os programas de reabilitação e reinserção social, de conformidade com o disposto nas Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não Privativas da Liberdade (Regras de Tóquio).”

Andrew Coyle, Professor do Centro de Estudos sobre Prisões, da Universidade de Londres e ex-diretor da Brixton Prison no período de 1991 a 1997, adverte:

O tema dos direitos humanos e os presos tem uma carga emotiva. Por que alguém que foi acusado ou sentenciado por um delito é merecedor de seus direitos fundamentais? A resposta é que vem a ser relativamente fácil para os seres humanos mostrar respeito e humanidade para com aqueles que merecem esse respeito ou que o

mostram aos demais. Porém, o que nos diferencia como seres humanos é nossa habilidade para distinguir entre quem é uma pessoa e o que ela faz; conseqüentemente, a capacidade para reconhecer que é necessário mostrar respeito e humanidade até mesmo para com aquelas pessoas que estimamos não o merecem.¹³

Esboçando uma resposta às perguntas feitas anteriormente, entendemos que as Regras em geral são desconhecidas em sua plenitude pelos que vivem ou trabalham no interior dos cárceres; poucos funcionários, familiarizados com seu conteúdo, buscam aplicá-las em seu cotidiano. Isso igualmente se constata entre os operadores do direito, para muitos dos quais as Regras são um simples catálogo de recomendações estéreis, inócuas, incapazes de mudar o perfil cruel do firmamento carcerário, a despeito do esforço

de alguns idealistas de enfrentar seus males e superar suas deficiências. Um julgamento, entretanto, inteiramente equivocado. Deveras, as Regras Mínimas, como estatuto universal dos reclusos, sempre exerceram, *malgré* suas limitações, uma indubitável influência na doutrina, na jurisprudência, na elaboração das leis penitenciárias e na definição de políticas públicas neste âmbito.

É com este espírito, com esta profissão de fé, que concluo, recordando, sob o estímulo de um otimismo responsável e com a expectativa de um novo tempo, a advertência de Nelson Mandela de que somente se conhece uma nação quando se visita suas prisões, posto que o verdadeiro parâmetro deve ser não a forma como dita nação trata seus cidadãos de mais alto nível, senão o modo como trata aqueles dos estratos mais baixos da sociedade.¹⁴

NOTAS

- (*) Texto elaborado a partir dos apontamentos feitos para a conferência magna “Reglas Mandela O.N.U.”, proferida no dia 26 de janeiro de 2016, no Auditório do Centro Nacional de Direitos Humanos (Comissão Nacional de Direitos Humanos), na Cidade do México.
1. “Em uma má prisão a classificação brilha por sua ausência.” (RAMÍREZ, Sergio García). *Los Personajes del Cautiverio: Prisiones, Prisioneros y Custodios*. México: Porrúa, 2002, p. 185.
 2. Quando uma pessoa ou grupo de ingresso penetra e se funde com outro grupo, diz-se que ocorreu uma *assimilação*. O conceito tem mais adequação quanto a grupos de imigrantes e, talvez, não seja o melhor para designar o processo semelhante, que ocorre na prisão. De qualquer forma, devemos entender por *assimilação* o processo lento, gradual, mais ou menos inconsciente, pelo qual a pessoa adquire o bastante da cultura de uma unidade social, na qual foi colocado, a ponto de se tornar característico dela. Assim como se usa o termo *americanização* para descrever o maior ou menor grau de integração de um imigrante ao esquema de vida na América, o termo *prisonização* indica a adoção, em maior ou menor grau, do modo de pensar, dos costumes, dos hábitos – da cultura geral, da penitenciária. Prisonização é semelhante à assimilação, pois. Todo homem que é confinado ao cárcere sujeita-se à prisonização, em alguma extensão. O primeiro passo, e o mais obviamente integrativo, diz respeito a seu *status*: transforma-se, de um golpe, numa figura anônima de um grupo subordinado; traça as roupas dos membros deste grupo; é interrogado e admoestado/ logo descobre que os custodiadores são todo-poderosos; aprende as classes, os títulos e os graus de autoridade dos vários funcionários; e, usando ou não usando a gíria da cadeia, ele vem a conhecer seu significado; embora possa manter-se solitário, termina por referir-se, ao menos em pensamento, aos guardas como os *samangos*, aos médicos como *receitador de roda de jipe* (aspirina) e a usar os apelidos locais para designar os indivíduos; acostuma-se a comer apressadamente e a obter alimento através dos truques usados pelos que lhe estão próximos. De várias outras maneiras, o preso novo *desliza* para dentro dos padrões existentes; aprende a jogar ou aprende novas maneiras de fazê-lo; adquire comportamento sexual anormal; desconfia de todos; olha com rancor os guardas e, até, os companheiros etc. Em suma: vem a aceitar os dogmas da comunidade. Nem todos os homens sujeitam-se a todas essas transformações. No entanto, nenhum escapa a determinadas influências, que se poderiam chamar de *fatores universais de prisonização*, tais como: aceitação de um papel inferior; acumulação de fatos concernentes à organização da prisão; o desenvolvimento de novos hábitos, no comer, vestir, trabalhar, dormir; a adoção do linguajar local; o reconhecimento de que nada é devido ao meio ambiente, quanto à satisfação de necessidades; eventual desejo de arranjar uma ‘boa ocupação’ (ou, no jargão prisional carioca, uma ‘faxina’.” (THOMPSON, Augusto F. G. *A Questão Penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 53.
 3. “Como falar em ‘dignidade do presidiário’, quando este muitas vezes é atirado numa cela coletiva, sem aeração e claridade, sanitário aberto, em condições semelhantes às aquelas que levaram o advogado SOBRAL PINTO a invocar em benefício de famoso cliente a Lei de Proteção aos Animais?” (MEDEIROS, Rui. *Prisões Abertas*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 11.
 4. “Os presos que estão infectados com o HIV sofrem de AIDS, tuberculose, hepatite ou outras enfermidades contagiosas e amiúde se consideram um risco para os presos e para o pessoal. Particularmente, a infecção da AIDS se considera como uma ameaça, e a que em ocasiões está ligada ao consumo de drogas. Por lo tanto, o exame médico e as provas de sangue obrigatórias, às vezes se consideram a solução. Também se praticam a segregação nas unidades separadas e o isolamento social, embora possam ser discriminatórios. As medidas que se tomam são muito diferentes nos diferentes países. As decisões acerca destes assuntos não se podem basear em opiniões irracionais dos presos, o pessoal ou o público em geral. Os pontos de partida básicos devem respeitar a integridade e dignidade de uma pessoa, e a confiança no julgamento médico e sua obrigação de confidencialidade. A primeira solução recomendável é, portanto, informar sobre essas enfermidades aos presos, e ao pessoal, os riscos reais de infecção e como evitá-los. Ademais, devem ser tomadas medidas para reduzir os riscos, como proporcionar preservativos e

- seringas para os drogaditos. Lamentável como possa ser, o contato sexual entre os presos (homens), e o uso de drogas são, em maior ou menor medida, parte da vida na prisão; inclusive são, até certo ponto, efeitos do encarceramento. Tais práticas são indesejáveis; certamente o contato sexual forçado se deve evitar e castigar, quer seja mediante medidas disciplinares ou criminais através de procedimentos judiciais. Contra o uso de drogas se deveria lutar de forma inteligente e razoável; entretanto, é inútil ignorar a realidade.” (Manual de Buena Práctica Penitenciaria: Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 86).
5. Leia-se: A Anistia Internacional aponta o Brasil, apesar de ser o único membro da comunidade das Nações Unidas que redigiu suas próprias Regras Mínimas do Recluso, como o país latino-americano que mais denigre os direitos humanos de seus cidadãos em cativeiro. Depois de muitos anos de minuciosas pesquisas, tendo visitado dezenas de instituições penais e examinado numerosíssimos casos de flagrante violação desses direitos em cárceres superpovoados, mefíticos, mais feios do que uma dor e que causam susto ao medo, a organização concluiu que o sistema está em crise.” ([BARROS LEAL, César. *A Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: Viagem pelos Caminhos da Dor*. Paraná: Juruá, 2009, p. 136).
 6. GARCÍA, Julio Scherer. *Cárceles*. México: Extra Alfaguara, 1998, p. 6.
 7. “Quase todos os piores crimes são cometidos por graduados de estabelecimentos penais.” (PLAYFAIR, Giles e SINGTON, Derrick. *Prisão não Cura, Corrompe*. São Paulo: IBRASA, 1965, p. 26).
 8. A Assembleia Geral (7) “Decide ampliar o alcance do Dia Internacional de Nelson Mandela, que se observa cada ano em 18 de julho, para que também se conheça como Dia de Mandela em favor dos Direitos dos Reclusos, a fim de promover condições de encarceramento dignas, sensibilizar acerca do fato de que os presos são parte integrante da sociedade e valorar o trabalho do pessoal penitenciário como serviço social de particular importância e, com esse propósito, convida os Estados Membros, as organizações regionais e as organizações do sistema das Nações Unidas a celebrar essa ocasião de maneira apropriada.” (Texto das Regras de Mandela, Conselho Econômico e Social, Comissão de Prevenção do Delito e Justiça Penal, Nações Unidas)
 9. Sobre o Grupo de Experto escreveu Emma Mendoza Bremauntz, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do México (UNAM): “A solicitação do 12º Congresso das UN no sentido de que a Assembleia Geral, a través de sua Comissão de Prevenção do Delito e Justiça Penal organizasse e autorizasse um grupo intergovernamental de especialistas para intercambiar informação sobre as melhores práticas penitenciárias, as legislações nacionais, e o Direito Internacional vigente, para a revisão das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, que refletissem os avanços recentes da ciência penitenciária, e com essa base recomendar medidas posteriores, foi atendida e resolvida positivamente. O resultado da solicitação foi aprovado pela Assembleia Geral das NU e se previu que os avanços em seu trabalho deveriam ser informados periodicamente. O início da atividade do Grupo para a citada revisão e seleção de informação obtida pelos Estados Membros e outras organizações se dispôs de imediato de sorte que a informação fluiu com naturalidade e se logrou a colaboração de muitas organizações que, ao nível internacional, têm mostrado uma séria preocupação com a situação dos internos nas prisões, especialmente com as situações dos países que têm problemas de violência, ditaduras, sistemas políticos absolutistas e fricções com outros países. Acordou-se pelo Grupo o reconhecimento de que as Regras Mínimas haviam resistido à prova do tempo e eram reconhecidas universalmente como o mínimo normativo que deve delinear a política penitenciária dos países, contemplando-as como o mínimo legislativo em seus sistemas de reclusão, afirmando-se que as modificações que pudessem aportar-se nunca deveriam reduzir o alcance de nenhum das normas já existentes.” (Palestra proferida no Congresso Internacional da Universidade *Humani Mundial*, realizado em março de 2015, em León, Guanajuato, México, de 11 a 13 de março de 2015)
 10. Manual de Buena Práctica Penitenciaria: Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 23.
 11. Idem, p. 23.

12. Em sua apresentação, o então Ministro de Justiça, Nelson Azevedo Jobim, depois de afiançar que as Regras traduzem “a conquista de uma antiga aspiração nacional” e que preservam “o interesse coletivo da segurança dos cidadãos ante o resguardo essencial das garantias e dos direitos da pessoa submetida a uma pena privativa de liberdade”, asseverou: “Torna-se imperioso registrar que este elenco de regras atende à determinação da Assembleia Geral da ONU, preceituada pela Resolução n. 2.858, de 20 de dezembro de 1971, e ratificada pela Resolução n. 3.218, de 06 de novembro de 1974. Foi no IV Congresso de Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, realizado em Kioto, no Japão, em 1970, que se alertou para a importância de ser implementado, em todos os países, um corpo de princípios para orientar os limites do poder-dever de punir, no relacionamento do Estado com o homem preso, em decorrência de exigências constitucionais e legais. Dessa maneira, as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, por cuidar com propriedade da conciliação de valores do indivíduo e da sociedade, certamente vão servir de guia essencial para todos aqueles que militam na administração prisional com a responsabilidade de contribuir para a reinserção social seja do preso provisório, seja do preso condenado por sentença criminal. E isso é bem oportuno, pois o grande desafio deste final de século é a conquista de maior prestígio à execução penal com a transformação das

estruturas tradicionais deterioradas, as quais vêm envolvendo o sistema social das prisões.” Edmundo Oliveira, então Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, afirmou na Exposição de Motivos: “Assegurar ao preso todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei constitui proclamação formal que ilumina a estabilidade democrática projetada nas dinâmicas atividades da execução penal. Assim, a pena que excede essa medida é iníqua e contraproducente. Destinada a restabelecer o equilíbrio, ela o estaria comprometendo, falhando à sua finalidade de individualização proporcional ao dano causado pelo crime e ao grau de culpabilidade.”

13. COYLE, Andrew, “La Sobrepoblación en las Prisiones. La Prisión y la Comunidad”, em CARRANZA, Elías (coordinador), *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria: Respuestas Posibles*. San José, Costa Rica: Ilanud/Siglo Veintiuno Editores, 2001, p. 119.
14. MANDELA, Nelson, em COYLE, Andrew, *La Administración penitenciaria en el marco de los Derechos humanos: Manual para el personal penitenciario*, segunda edição, Centro Internacional de Estudos Penitenciários, Londres, p. 12. Veja-se também: “Já explicava Concepción Arenal que conhecendo os sistemas penitenciários se conhecerá os povos.” (BUJÁN, Javier Alejandro e FERRANDO, Víctor Hugo. *La Cárcel Argentina. Una Perspectiva Crítica*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 197.

THE RIGHT OF RELIGIOUS FREEDOM AND ILLEGAL ABUSE OF FAITH

.....

Fausto Martin de Sanctis

Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

ABSTRACT

Religious institutions occupy a unique place in human culture. Although they have a protected right to govern and manage their own affairs spreading religious doctrine, they must keep their moral and legal obligations and avoid being used for illegal practices. This paper tries to review some definitions showing the importance of guaranteeing religious freedom without allowing such freedom to be abused for illicit purposes.

Keywords

Religious institutions; religion freedom; religion definition; illegal practices; bankruptcy; anticorruption; crimes.

INTRODUCTION

The traditional image of God and religion is being subsumed by a potent force of materialistic progress and alternative scientific paradigms for defining the facts of world. With exploding cultural and religious diversity in the world, especially in the United States and Brazil, courts face an increasingly varied and complicated religious environment. So much seems to be included “under the umbrella of religion that little is left over – and if everything qualifies as a religion, then the term, itself, stops being very useful anymore.”¹ That is why some flexibility and careful consideration are needed.

When religious leaders trick worshippers (through false statements) to donate money, this could be considered the crime of larceny. The improper use of the status of a religious organization to evade taxes could also be considered larceny.

This paper is an attempt to discuss such a sensitive subject that includes the clash between

the Freedom of Religion and the Public Peace scratched with criminal practices.

RELIGION’S FUNCTION

What is religion? An institution’s self-identification as “religious” is typically not questioned. Indeed, any definition of religion by the state runs the risk of violating the Establishment Clause.² It is necessary to look to non-legal fields for assistance when formulating a legal definition of religion, avoiding attempts to define religion by reference only to the entities in which the adherent believes, which may collapse into disputes about the unverifiable.

Courts must develop an understanding of religion to be applied in cases presented before them. They cannot avoid defining religion and the definition should be express, even though it will never be perfect. The plurality of the understandings of religion can be apparent and it is important that its definition be applied in a consistent manner.

Religion exists both in the cultural sense as well as the ritual sense. It is about a community of like-minded people who identify with each other in ways other than what they are doing when they are praying. Religion is an aspect, sometimes a defining aspect, of culture. However, it is different from other forms of culture because religious adherents believe that their system of beliefs has a divine origin: they believe God decided what the rules are, and these rules are more fixed than fluid.³

In some way there is “a consensus that, first, a religion’s essential nature is not simply private experience; second, religion cannot be unqualifiedly identified either with the irrational and emotive or with the rational and conceptual,

third, religion is not identical with morality; and fourth, religion needs not to be theistic."⁴

The U.S. Supreme Court first attempted to define religion substantively in 1890, in *Davis v. Beason*, stating "The term 'religion' has reference to one's views of his relations to his Creator, and to the obligations they impose of reverence for his being and character, and of obedience to his will."⁵ In its 1961 decision in *Torcaso v. Watkins*, a unanimous Supreme Court invalidated a provision of the Maryland Declaration of Rights that required public officials to declare a belief in God prior to taking office.⁶ The Court, per Justice Black, held that neither the state nor the federal government may "aid those religions based on a belief in the existence of God as against those religions founded on different beliefs."⁷

The U.S. Internal Revenue Service, in its Tax Guide for Churches and Religious Organizations, states that it generally uses a combination of factors in analyzing the facts and circumstances to determine if an organization is a church for federal tax purposes.

It is hard to clarify the definitional ambiguity, but there is some need to adopt a clear standard of what constitutes a church or a temple, including one that can be applied to electronic or virtual ministries. It is important to draw a line to elucidate how it is possible that churches and temples are religious organizations, but not all religious organizations are churches or temples.⁸

A particularly potent source of conflict in church-state relations is the treatment of new or emerging religions. Many of these faiths, loosely grouped together under the label "cults," have been especially troubling to observers of religion and religious freedom, both for their own behavior and for the way they have been treated.⁹

Mega-churches have ushered in a new form of religious observance distinct from the style of observance commonly associated with a traditional church. They are not only houses for services and prayer, but also an one-stop shops for congregants. Their amenities range from sports arenas and gymnasiums to day care centers and entire apartment complexes.¹⁰ Mega-churches and mega-temples are continuously expanding their worship and services to new cities. They usually have a unique worship style that includes one

dominant male pastor, motivational speeches, and an innovative use of uplifting songs.¹¹ Part church, part civic community, they function like small towns. They have the ability to devote their activities, labor, and funds to influence legislation and directly lobby policy makers. The adverse effects that these establishments impose on those who reside nearby have prompted justifiable concern among some communities. Yet the religious aspects of mega-churches, like the functioning of any other church, are protected by law because they are still considered eleemosynary institutions, regardless of the amount of money that they make. As commercial organizations, churches—mega or not—should not be warranted the same protection as a traditional ones if, for example, they offer gym memberships, bookstores, and franchises. These aspects do not fit the definition of eleemosynary and should not have the same level of protection that is granted to the church itself. The services provided should be considered commercial and private, not religious. Yet the presumption is still that they have eleemosynary status if the religious benefits provided are similar to those provided by typical churches. In this case, the protection of the law should be granted as it is granted to any church or charitable organization.

New religious movements raise questions of ultimate values and, in some degree or another cannot be evaluated in terms common to all citizens. If a religion is based on beliefs whose source is beyond common comprehension, it makes principled challenges to the status quo. New religious movements may claim the right to enjoy the privileges accorded to churches in non-separationist societies as well as the right to be judged with suspicion.

The vagueness of the term "religion" leads to a broad definition that can make tax-exempt status easily ascertainable. Tax exemption, of course, does not subsidize churches, but permits them to operate freely without having financial burdens placed on them by the government. The protection afforded to the sanctity of the relationship between a church and its members promotes the principle of autonomy by recognizing the true inter-independence that defines the appropriate relationship between church and state. It is helpful to verify how churches and temples, Congress, courts, and the IRS might apply these concepts. Moral and

religious issues are at stake, which include some degree of direct and indirect lobbying, and can result in pejorative and immediate calls for the revocation of a church's tax-exempt status.¹² It is important that the government requires, through the IRS, formal recognition of the status of churches or temples as exempt to qualify for tax benefits, with clear criteria that distinguishes churches and religious organizations.

Some argue that any taxation of churches is unconstitutional.¹³ At the opposite extreme, there are those who claim that the tax-exempt status of churches is an unconstitutional establishment of religion.¹⁴

Given the short-comings of proposed definitions, it is difficult to ascertain a single – or even multi-factor analysis – to arrive at an acceptable definition of religion. For example, a stricter and clearer definition may be required in order to avoid the adoption of a “Temple of Marijuana” as a church. Similarly, it is difficult to delineate whether a school should be judged independently from the church, and whether it is a religious institution for purposes of obtaining tax exemption.

In a preliminary and simple search using the Aurélio Portuguese dictionary, one can find the following as the first and main definition of religion: “Belief in the existence of one or many supernatural forces, considered as the creator(s) of the Universe and that, as such, should be worshipped and obeyed.”¹⁵ This is the main definition provided, and all other definitions presented by this dictionary use the first conception of a belief in a supernatural entity. The term “religion” (“religião”, in Portuguese), according to the dictionary, comes from the Latin word *religione*, which has uncertain etymology. In the work of Cicero, the word refers to *relegere*, which could encompass the meanings of “recover,” “read again,” “revise,” and “revisit.” Some Christian authors, on the other hand, connect the meaning of *religione* to the verb *religare*, which means “connecting again.”¹⁶

Sociologically, the view of Durkheim, who analyzed the theme of religion in his work *Les formes élémentaires de la vie religieuse* (The Elementary Forms of Religious Life), is a very useful one. The author identifies religion as a social fact consisting of a unified system of beliefs and practices related to sacred elements, around which a moral community forms and

accepts them as venerable. For Durkheim, sacred is everything that is considered apart – or even forsaken – from the ordinary life. For that reason, the concept of the sociologist can be considered broader, covering not only systems related to supernatural elements, but also immanent elements, such as simple objects and beings, like a pebble, trees, animals, and many other things.¹⁷

This discussion about the amplitude of the term “religion” was the subject of a judgment by the Supreme Federal Court of Brazil (*Supremo Tribunal Federal*), when the Court had to rule on Extreme Appeal (*Recurso Extraordinário*) N°. 562.351/RS. On that occasion, the justices looked into the questions regarding the definition of “religion,” “worship,” and “temple” in order to decide whether tax immunity should be applied to entities related to the Freemasonry. The prevailing thesis was the one presented by Justice Ricardo Lewandowski, who concluded that tax immunity should not be applied to Masonic activity. In this decision, the justice adopted a broad conception by which “temples of any denomination” (*templos de qualquer culto*) refers to religious entities themselves and not only to the places where the acts of worship take place. Still, the justice claimed that there was a need to interpret immunities restrictively, differently from constitutional freedoms, in a way that the Freemasonry could not be considered immune because it does not consist of a religion, nor does it present any kind of religious worship. Thus, considering that the goal of the constitutional norm in question consists of the protection of religious freedom and assuming that Freemasonry is not a religion, it was ruled that the constitutional immunity was inapplicable in that case.¹⁸

There was, however, a diverging voice in the Court. Justice Marco Aurélio, disagreeing with Lewandowski, affirmed that immunities, as means of protection of freedoms, should be interpreted in a broad way, differently from exemptions (*isenções*). Justice Aurélio noted that the Constitution only mentions the word “worship” (*culto*) and not the word “religion.” He thus concluded that only the term “worship” (*culto*) was necessary in order to configure the application of tax immunity. He also claimed that there were undisputable religious elements in Freemasonry, including the expression of faith in common values and even in a supernatural

being, the so-called Great Architect of the Universe. Finally, he employed a comparative law analysis, showing how Freemasonry is registered as a civil religion in other places. For those reasons, outvoted Justice Aurélio ruled in favor of the extraordinary appeal.

Thus, the exercise of defining religion may have some weight in determining how a new religious movement is treated in a legal system, despite the long tradition of tolerance for religious faiths. Considering cultural and historical context is important not only for our understanding of how a state will define freedom of religion, but also for the formation of legal and rhetorical strategies to protect this freedom.¹⁹

Applying the definition of religion in a consistent manner requires being cautious, but not frightened to a point where courts retreat to such vague definitions that the term loses its meaning.

Religion occupies a unique place in human culture. For a long time temples have been one of the most hospitable institutions in a legally constituted society. They have such a strong influence on human behavior that, in the words of Jon Meacham, churches give the best chance to keep violence down, discourage out-of-wedlock births, encourage the healthy upbringing of children, and imbue a sense of work and responsibility that would help end poverty.²⁰ Although churches and temples should have a protected right to govern and manage their own affairs spreading religious doctrine, they must also keep their moral and legal obligations. Unfortunately, churches and temples are increasingly being used to commit crimes, notably fraud, embezzlement, tax evasion, and money laundering.²¹

RELIGIOUS FREEDOM IN THE CONSTITUTIONAL ORDER

Civil religion is a shared public set of beliefs, symbols, and rituals indicating a popularly accepted religious legitimization of political authority. According to Professor Robert Bellah, "every nation exhibits public rituals and discourse that constitute an identifiable form of religion paralleling ordinary religion."²² Both the Brazilian and American governments have "received popular legitimization by the invocation of a suprapolitical sovereignty, 'a God who stands above the nation and whose ends are standards by which to judge the nation and indeed only

in terms of which the nation's existence is justified.'"²³

The rhetoric of strict separation of church and state has obscured the many ways in which the state is inherently religious.

The phenomenon of civil religion raises questions about the assumed neutrality of government in its treatment of religions. There is a risk of expansion of the regulatory state, increasing the points of contact between churches/temples and government. Yet the need for highly limited government powers, leaving individuals and groups free to shape their own destinies, remains.

Helping religious education could be considered a violation of the Constitution and a breakdown of the separation between church and state. Nevertheless, it is necessary to distinguish between secular and sacred subjects in education—tax aid to religious schools is not the same as tax aid to the church or temple itself. Complete separation is the best for the state and for religion, but the educational curriculum of some religious bodies can be verified to uphold the principle of separation.²⁴

The First Amendment to the United States Constitution, adopted on December 15, 1791, as one of the ten amendments that comprise the Bill of Rights, prohibits the making of any law respecting an establishment of religion, impeding the free exercise of religion, abridging the freedom of speech, infringing on the freedom of press, interfering with the right to peaceably assemble, or prohibiting the petitioning for a governmental redress of grievances. Originally, the First Amendment applied only to the federal government, but the 1947 U.S. Supreme Court decision in *Everson v. Board of Education* incorporated the Establishment Clause, making it applicable to the states.

The Establishment Clause of the First Amendment means that neither a state nor the federal government can set up a church or pass laws that aid one religion, aid all religions, or prefer one religion over another. No tax in any amount, large or small, can be levied to support any religious activity or institution.²⁵

The U.S. Supreme Court, in its first major free exercise case, rejected the suggestion that the Free Exercise Clause created exemptions from generally applicable laws. In 1878, in the case of *Reynolds v. United States*, the

Court limited the scope of First Amendment protection by weighing conflicts between laws of general applicability and religious practices in favor of laws of general applicability. Reynolds, the petitioner, challenged a federal statute that prohibited plural marriages, a practice he engaged in as a requirement of his religious faith and church. Although the law required imprisonment of Reynolds for obeying a command of his religion, the Court upheld the law, reasoning that “laws are made for the government of actions, and while they cannot interfere with mere religious belief and opinions, they may with practices.” Beginning in 1963, the Court’s interpretation of the Free Exercise Clause shifted in favor of religious conduct. In *Sherbert v. Verner*, the Court departed from *Reynolds* and adopted a strict scrutiny test for exercise cases. Any government act that significantly burdened religiously-motivated conduct was presumptively unconstitutional and government-imposed burdens were valid only where the state could establish a compelling government interest.²⁶

On November 6, 2013, the U.S. Supreme Court heard oral arguments in *Town of Greece v. Galloway*, the first legislative prayer case that the Court has taken in more than three decades.²⁷ *Greece* focuses on whether a small town in upstate New York acted unconstitutionally in allowing only Christian clergy to open official town meetings with sectarian prayer. The outcome of this case could have major implications for the future of religion in the public sphere in America. The case could determine whether religious liberty in the United States remains strong or is seriously limited. *Greece* is just one of many religious liberty cases winding their way through the federal courts today, on issues ranging from the role of religion in same-sex marriage to protests of contraceptive coverage in the Affordable Care Act. The decisions in each of these cases will either strengthen and broaden religious liberty or limit and weaken it.

Sandhya Bathija stated that the “last time the U.S. Supreme court explored the topic of legislative prayer at public meetings was in *Marsh v. Chambers* in 1983. That case examined whether it was constitutional for the Nebraska Legislature to open each legislative day with a prayer offered by a chaplain paid by the state. A majority of the Court said the

practice was constitutional and not a violation of the First Amendment.” The Supreme Court pointed to the country’s long history and tradition of opening public and legislative meetings with prayer. In 1989, however, the Supreme Court (in *Allegheny v. American Civil Liberties Union*) ruled unconstitutional a nativity scene on government-owned property. The Court explained: “However history may affect the constitutionality of nonsectarian references to religion by the government, history cannot legitimate practices that demonstrate the government’s allegiance to a particular sect or creed.”²⁸ Although legislative prayer is part of the country’s history, the Supreme Court made clear that public bodies do not have blanket permission to open meetings with sectarian prayers because doing so would align the government with a particular religion. So the government cannot endorse or favor a particular religious view.

Typically, in analyzing the free exercise clause of the First Amendment to the U.S. Constitution, commentators focus on individual religious exercise and belief. “The right of conscientious objection—the free exercise right that protects individual religious practice when the commands of the state conflict with the demands of religion—figures prominently in their work. Religious organizations are usually dismissed as being mere aggregations of individuals holding common beliefs and thus significant only in that they represent the free exercise concerns of their individual members. In the past [forty] years, however, religious organizations themselves have begun to challenge government regulation under the free exercise clause, both as representatives of their members and on their own behalf.”²⁹

As Laurence Tribe has noted, the constitutional guarantee of free exercise cannot be concerned merely with the protection of individuals: “Worship and practice both are commonly mediated through structures of social interactions; each would wither if such structures could be easily ruptured by government. So it follows that the autonomy of religious entities, both congregational and hierarchical, is not simply one of several doctrines supporting the religion clauses of the Constitution. It follows that such autonomy lies at the very core of religion’s place in the Constitution’s scheme.”³⁰

The freedom of conscience cannot be served by protecting only individual free exercise rights. To protect the individual's freedom of conscience from substantial government intrusion, "society must protect the social structure or zone in which that freedom of conscience is exercised. By joining a religious organization and agreeing to the responsibilities that group membership entails, an individual engages in perhaps the most fundamental exercise of religion protected by the first amendment."³¹

Protection of religious freedom is also expressed through the Constitution of the Federal Republic of Brazil, in Article 5, Part VI, which states that freedom of conscience and of belief are unalienable rights, securing religious acts of worship as well as its places of practice and liturgies. It is important, from the beginning, to demonstrate that the distinction between freedom of conscience and freedom of belief denotes the insertion, in the grounds of protection, of the non-believer, that is, the one who claims to have no faith at all (being identified as an atheist, agnostic, or any other denomination). That was the lesson of Pontes de Miranda, the well-known Brazilian jurist, when he treated this distinction by analyzing it in the light of the 1967 Brazilian Constitution.³²

According to José Afonso da Silva, religious freedom comprises three forms of expression: (1) freedom of belief, (2) freedom of worship, and (3) freedom of religious organization.³³ The author posits that the first freedom, the freedom of belief, refers to the constitutional right to adhere to any religion, to change from one religion to another, and to not to adhere to any religion. So, this facet of religious freedom encompasses everyone, protecting believers and non-believers.

The second of freedom is freedom of worship. The definition of the word "worship" ("cult" or "service") resembles the definition of "religion." The first and main conception presented is "adoration or paying tribute to a deity in any of its forms and in any religion."³⁴ The term "worship" (*culto* in Portuguese) has its origins in the Latin word *cultus*, which, originally, carried the meaning of "cultivated" and afterwards transformed to signify, figuratively, "worshipped" or "honored."³⁵ One could conclude, therefore, that the word "worship," when not referring to the concept of religion itself, is, at the very least, intimately connected to it, for it is identified as one of its

essential elements: the set of practices related to an entity considered absolutely valued. Accordingly, José Afonso treats freedom of worship as a means of protection to the many acts and practices identified as exterior expressions of religion, without regard as to whether they take place at home or in public locations. The constitutionalist author affirms that the 1988 Brazilian Constitution brought an innovation by taking away the determination that this freedom should not disagree with "public order or the good customs" (*ordem pública ou os bons costumes*), which were vague and, because of this, only brought the possibility of subjecting the different religions to arbitrary actions of the State government.

Finally, religious freedom includes the freedom of religious organization, that is, the freedom of establishing and organizing religious institutions and allowing them to relate themselves with the State. José Afonso claims that, presently, in Brazil, there is a regime of separation between the State and religious institutions. This is what a careful reading of the Article 19, Part I, of the Brazilian Constitution, for example, allows us to visualize. The text prohibits any favor relating a specific religion, as well as the thwarting of religious activities caused by public administration. The Article only makes one reservation regarding opportunities in which the collaboration between State and religious institutions may favor public interest. According to the author, such a collaboration must, however, be established by an Act or Law of the collaborating federal entity, it must not happen on the religious field, and it must be general in order to comprise all possible religious denominations. Furthermore, it should be stated that there are other constitutional norms, like the right to religious assistance on unities of collective confinement (as protected by Article 5, Part VII), the ministration of facultative religious teachings at public schools of basic education (as protected by Article 210, Section 1), and the civil effects of religious marriage (as protected by Article 226, Sections 1 and 2).³⁶

Manoel Gonçalves Ferreira Filho considers religious freedom a facet of the freedom of belief and mentions, specifically, the freedom of worship. He argues that the freedom of worship should be protected according to the law. He also considers that the absence of the requirement of conformity to the public order and good customs

does not mean that religions are authorized to disrespect them, since the maintenance of such institutions depends on the maintenance of the legal system.³⁷

LEGAL NATURE OF RELIGIOUS ORGANIZATIONS

In many countries, Roman Catholic morality has influenced legislation, which has typically remained denominationally neutral in formal terms. Religious bodies are submitted to generally applicable regulation to some extent, but they have been subjected to particular regulation to their own organizational needs.³⁸

Article 44 of the Brazilian Civil Code establishes that “religious organizations” are legal entities of private law. Moreover, section 1 of the same article asserts that such organizations are free to organize and structure themselves, prohibiting the government from denying the registration of their constitutive acts.

Act N^o. 10,825/03 provided the wording for Article 44. This Act added religious organizations and political parties to the list of autonomous and private legal entities. This Act also amended Article 2,031, sole paragraph, of the Civil Code by establishing that a term that previously applied to all legal entities, requiring them to conform to the new Code’s regime, did not apply to religious organizations.

According to Sílvia Venosa, the reason given by the Legislature for that innovation was that Article 53, which defines associations, would not encompass religious institutions completely with all of their peculiarities. Venosa suggests that the motivation for the change (adding religious organizations as an autonomous type of legal person) may be more related to the corporate interests of these entities. For him, the exclusion of religious organizations from some norms, such as the one contained in Article 59 of the Code,³⁹ is contrary to present legal trends and favors the possibility of these religious organizations to become hermetic.⁴⁰

The 2004 Journal of Civil Law (*Jornada de Direito Civil*), in its Enunciation N^o. 142 of the Federal Justice Counsel (*Conselho da Justiça Federal*), confirms the associative nature of unions, political parties, and “religious associations.” The Civil Code would, therefore, be completely applicable to them.

Nevertheless, other authors, such as Jones Figueirêdo Alves and Mário Luiz Delgado, claim that those institutions constitute different species of legal entities of private law that would not be subject to the commandments contemplated in Articles 53–61, since these articles (especially Article 59, sole paragraph) could lead to a violation of Article 19, Section I, of the Brazilian Constitution.⁴¹

Even considering that religious organizations are autonomous types of legal entities, they still seem to be subject to the possibility predicted in Article 50, which allows the practice of piercing the corporate veil. Thus, if there is sufficient evidence of diversion of social purpose or property confusion involving goods both from the organization and its associates, then the judge is allowed to pierce the corporate veil in order to broaden the effects of some obligations to the property of some of its members.

That is what one finds when reading decisions such as the one given for Interlocutory Appeal (*Agravo de Instrumento*) N^o. 0136470-58.2011.8.0000, which recognized the possibility of piercing the corporate veil of religious organizations, as long as either the comingling of assets (religious and personal) or the diversion of purpose is proven (Article 50).⁴²

Aside from the tax relations (or the absence thereof) with the State, religious institutions also maintain important relationships with public administration regarding the regulation of the use of urban spaces where rituals take place. In general, municipal governments demand from religious entities a charter for the temples, which can be obtained depending on the number of people attending to their services.

Cities are supposed to not intentionally create zoning ordinances that prevent new churches or temples from being built or that discriminate against certain religions. A good practice is for zoning laws and regulations to give better guidance in order to reduce discrimination and enable more straightforward resolutions about zoning disputes.⁴³

There are continual heated debates over whether churches and houses of worship are shown bias in the zoning process. One side of the argument focuses on the fact that cities intentionally create zoning ordinances to prevent new churches from being built and to discriminate against certain religions.

It is important to understand how zoning ordinances and land use regulations are relevant to churches and religious institutions. If a place of worship is essential to organized religions, it is also a place to perpetuate the sense of unity among members. "Without places of worship, organized religions would become obsolete. With that understood, it must be noted that the opponents argue that churches have an advantage over other institutions because they are shown deference with regards to zoning rights. Cities oppose church zoning requests for a variety of reasons, such as creation of more traffic hazards and noise in a residential area or reduction of tax benefits in a commercial area."⁴⁴

ILLEGAL PRACTICES BY AND THROUGH RELIGIOUS INSTITUTIONS. BANKRUPTCY AND ANTICORRUPTION ACTS

The Brazilian Bankruptcy Act (Act N^o. 11,101 of February 9, 2005) establishes a policy of providing equal treatment to creditors while affording the debtor some flexibility in formulating a plan. Article 1 of this Act, however, makes it clear that this norm does not apply to religious organizations by stating as follows:

This Law regulates the judicial reorganization, the bankruptcy extra judicial reorganization and the bankruptcy of entrepreneur and corporation, hereinafter referred to simply as the debtor.

The Brazilian Civil Code (Act N^o. 10,406, of January 10, 2002) considers religious organizations as legal entities of private law (Article 44, Part IV). Its first Section states as follows:

The creation, organization, and internal structure and functioning of religious organizations are free, and the government is forbidden from denying them the recognition and registration of the constituent acts necessary for their operation. (Added by Act N^o. 10,825, of December 22, 2003).

Thus, because religious organizations are legal entities of private law and not corporations or entrepreneurs, they cannot avail themselves to bankruptcy laws.

In the United States, the treatment is the same. Creditors cannot force churches into involuntary bankruptcy because churches

are classified as "eleemosynary" institutions. At the same time, creditors are guaranteed equal treatment under the law, while debtors are able to work out their financial situations under protection of the automatic stay.⁴⁵ This protection is an exception to the general principles of the Bankruptcy Code which has a well-established policy of providing "equal treatment of creditors while affording the debtor some flexibility in formulating a plan." "Courts have at various times relied on the state legal status of an institution, the nature of the organization's activities, whether the organization's activities were entirely ancillary to its eleemosynary goal, and whether the eleemosynary organization competed with commercial enterprises. None of these evaluations have been considered determinative."⁴⁶

Mega-churches and mega-temples raise serious questions about the scope of this special protection. Some of them can be qualified as a non- or quasi-religious entities because they own gyms, movie theaters, and amusement parks in addition to their worship and liturgy activities. But, as stated before, the U.S. Supreme Court has not addressed the issue of how to distinguish them from their smaller counter-parts with respect to bankruptcy proceedings.

Andrew Stone Mayo recounts an interesting bankruptcy story of one mega-church. "Crystal Cathedral, a California mega-church founded in the 1950s that boasts over ten thousand members, announced in April 2010 that it owed creditors over \$55 million. The church estimated that as many as 185 creditors could be waiting for payment. The church stated that it was not looking into bankruptcy, but that it could not afford to pay the creditors at the time. The church refused to enter bankruptcy for six months. It ignored the complaints of creditors, including those with long-standing ties to the church who had been trying to collect money for months with no results. Creditors who did not wish to file a lawsuit could only wait and hope that the church would be able to wade through its messy financial situation or eventually file for bankruptcy. However, should the fact that the church owned a campus with soccer fields, a retreat center, and camping grounds, change the fact that creditors would have no recourse other than individual lawsuits if the church refused to pay?"⁴⁷

The Bankruptcy Code dictates that “an involuntary case may commenced only under chapter 7 or 11 of this title, and only against a person except a farmer, family farmer, or a corporation that is not a moneyed, business, or commercial corporation, that may be a debtor under the chapter under which such case is commenced.”⁴⁸ Thus, the Code maintains the prohibition on involuntary bankruptcy suits against eleemosynary institutions, such as churches, schools, and charitable organizations and foundations.

Otherwise, the Brazilian Anticorruption Act (Act Nº. 12,846 of August 1st, 2013) provides for administrative and civil liability of legal persons for the commission of corrupt practices against public, national or foreign administration. Its first and second article establish as following:

Art. 1. This Law provides for administrative and civil strict liability of legal persons for the commission of acts against the public, national or foreign administration.

Single paragraph: This also applies to companies entrepreneurs and simple societies, embodied or not, regardless of the form of organization or adopted corporate model, as well as any foundations, associations of entities or persons, or foreign companies which have their registered office, branch or representation in Brazil, consisting of fact or law, even temporarily.

Art. 2 Legal entities shall be liable strictly, in administrative and civil areas, the harmful acts provided for in this Law committed in their interest or benefit, exclusive or not.

Thus, because religious organizations are legal entities of private law, including in the provision of the single paragraph of article 1, they are subjected to anticorruption law, having the obligation of a compliance activity.

New religious movements are often regarded with suspicion. Some question whether the faith as a whole is fraudulent, or whether particular instances of conduct are fraudulent.⁴⁹

It is a well-known fact that some religious institutions act in controversial ways when it comes to collecting financial resources through donations from worshipers. This is especially true of protestant churches of neo-

charismatic orientation, which are commonly referred in Brazil as “evangelicals.” The press and governmental bodies have investigated and released reports of evidence of criminal activity related to financial collections. Some leaders of these organizations have been charged with crimes, such as money laundering, participation in organized crime, and larceny by fraud, among others.

The U.S. Supreme Court ruled, in *United States v. Ballard*,⁵⁰ on the prosecution and conviction of the founders of the “I Am” movement for mail fraud, based on their soliciting funds accompanied by representations that they had the power to heal illnesses and injuries. The Court did not explicitly sanction fraud convictions based solely on a lack of sincerity. Justice Jackson argued that some degree of skepticism is a normal feature of religious belief, so it would be dangerous to make sincerity a viable question. For him, the Constitution requires us to tolerate a certain amount of fraud rather than weaken the guarantees of the First Amendment. However, he left open the possibility that a fraud conviction could be sought on grounds unrelated to religion, such as a misrepresentation about what would be done with solicited donations.

Religious values do not endorse corruption and fraud. This is true of several religious bodies, including Islamic laws. Islam looks to moral development within the individual to strengthen resolve and foster self-restraint.⁵¹ Corruption is a “deep-rooted phenomenon that exists in innumerable forms, knows no cultural boundaries, operates in the private as well as the public sector, occurs in rich countries and poor, and defies comprehensive definition.”⁵² This logically extends to internal religious authority.

The fact that religious institutions enjoy significant autonomy and constitutional protection from state interference makes it especially difficult for law enforcement to detect their illegal activities, particularly in the area of financial crimes. Churches and temples should be required to submit to the state’s law enforcement interests, like verification of the destination of donations to and from churches and temples, in a way that does not impair the institutions’ beliefs, operations, and development.⁵³

CONCLUSIONS

Religious life manifests itself on two conceptually distinct levels: on an individual level, where individuals seek to shape their beliefs and actions with respect to their own conceptions of spiritual precepts, and on a communal level, where individuals holding shared beliefs develop and exercise those beliefs as a group. One of the key features distinguishing the two categories is the expansionist nature of the former: unlike individual religion, corporate religion seeks to recruit converts to its views of God and the world.⁵⁴

To find out how easy it is to commit fraud in the name of God, a law firm in São Paulo, Brazil, adopted measures to create a fake church. They verified that there are no theological or doctrinal requirements to register a church with the state, nor is there a minimum number of followers. All that was required was filing one document in the National Register of Legal Entities. With this single registration, the “church” was allowed to open bank accounts, hold several financial investments, purchase and sell property, and engage in other economic transactions, all while benefitting from tax exempt status. The “church” could designate personal property for exemption from municipal taxes, and its leaders were even exempt from compulsory military service.⁵⁵

It is very important to have an understanding of the weaknesses present in the management of religion institutions, as well as the deficiencies in the legal system. For that, it requires to dispel many mysteries surrounding

financial crimes, especially money laundering, by inquiring into the scale of the problem and examining legislative and institutional loopholes that give power and mobility to organized crime. After sketching the landscape of this interesting topic, it is always welcome the transparency to business dealings and thereby inhibit or curtail unlawful activity inside religion institutions.

Addressing the concept of religious freedom, with particular attention paid to constitutional protections and the legal nature of religion institutions, also outlining some illegal practices carried out by and through religious institutions are something needed to keep discussing. International religious activities, payments using illegal and disguised instruments, and the misuse of religion institutions, must be well addressed and clarified in order to improve the war against financial crimes within them.

If, on one side, it is necessary to highlight the importance of guaranteeing religious freedom without allowing such freedom to be abused for illegal purposes, on the other hand, we cannot avoid describing a sensitive and virtually unknown world in which religion is used to commit serious crimes.

Although it is important to cast some light on the necessity of the neutrality and secular religious purpose, the freedom of thought and conscience is an important value linked to freedom of religious belief. Any attempt to violate this freedom cannot be based on the grounds of illegal activity. However, states should legitimately ban all criminal activity, even criminal activity committed on behalf of “promoting religion.”

BIBLIOGRAPHY

- ALVES, J. F.; DELGADO, M. L. *Código*, cit., p. 46.
- ANDERSEN, David M. Political Silence at Church: The Empty Threat of Removing Tax-Exempt Status for Insubstantial Attempts to Influence Legislation. 2006 B.Y.U.L. Rev. 115.
- ARZT, Donna E., CHON, Margaret. Walking While Muslim, 68 Law & Contemporary Problems 215 (2004-2005).
- BRAZILIAN Internal Revenue Service site (Receita Federal do Brasil), in <http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/DIPJ/2005/PergResp2005/pr24a31.htm>, accessed Sept. 9, 2014.
- DALY, Eoin. Regulation Religious Function: The Strange Case of Mass Cards, 9 Hibernian L. J. 55 (2010).
- DEAN, Jacob E. Do You Have That New Church App For A Clearer And Broader Definition of Church Under The Internal Revenue Code. 46 Creighton L. Rev. 173.
- DE SANCTIS, Fausto Martin. Churches, Temples, and Financial Crimes. A Judicial Perspective of the Abuse of Faith. Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer International Publishing Switzerland, 2015.
- DEVELOPMENTS in the Law - Religion and the State. 100 Harvard Law Review 1606 (1986-1987).
- DINIZ, M. H. *Código Civil Anotado*. 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 1432, p. 95.
- DONAHUE, William A. (in ANDERSEN, David M. Political Silence at Church: The Empty Threat of Removing Tax-Exempt Status for Insubstantial Attempts to Influence Legislation. 2006 B.Y.U.L. Rev. 115.)
- DURKHEIM, E. (1912) *The Elementary Forms of the Religious Life*. London: George Allen & Unwin Ltd., 1915.
- ESBECK, Carl H. Table of United States Supreme Court Decisions Relating to Religious Liberty 1789-1994, Religious Liberty. 10 J. L. & Religion 573 (1993-1994).
- EVERTON v. Board of Education, 330 U.S. 1 (1947).
- EXTRAORDINARY Appeal (Recurso Extraordinário Nº. 325.822-2/SP, STF, Plenário, Rel. Ilmar Galvão, 27 de novembro de 2012.). In <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>, accessed on April 1st, 2016.
- EXTRAORDINARY Appeal, Brazilian Supreme Federal Court (Recurso Extraordinário Nº. 562.351-RS, STF, 1ª Turma, Rel. Ricardo Lewandowski. 04 de setembro de 2012.) In <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Accessed April 1st, 2016.
- EXTRAORDINARY Appeal (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Nº. 694.453, STF, 2ª Turma, Rel. Ricardo Lewandowski, 25 de junho de 2013.). In <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Accessed on April 1st, 2016.
- FLAGIELLO v. Pennsylvania, 14 Pa. 486, 208 A.2d 193 (1965).
- FERREIRA, A. B. H. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 6.0.1. 4ª ed.[S.l.]: 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- FRENCH, Thomas M. and ABELS, Jon. Recent Decisions. Indiana Legal Forum. Harris v. Y.W.C.A. of Terre Haute Ind.: Abolition of Charitable Immunity in Indiana. 2 Ind. Legal F. 378 (1968-1969).
- GALLOWAY v. Town of Greece, 732 F. Supp. 2d 195 (W.D.N.Y. 2010).
- GOODWIN, Glenn. Would Caesar Tax God? The Constitutionality of the Governmental Taxation of Churches. 35 Drake L. Rev. 383 (1986).
- GREECE v. Galloway: Why We Should Care About Legislative Prayer. Center for American Progress publication. Oct. 1, 2013.
- HARPER, D. Religion. In *Online Etymology Dictionary*. In http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=religion&searchmode=none, accessed on March 30, 2016.
- _____, Cult. In *Online Etymology Dictionary*. In http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=cult&searchmode=none, accessed March 30, 2016.
- HORWITZ, Paul. Scientology in Court: A Comparative Analysis and Some Thoughts on Selected Issues in Law and Religion. 47 De Paul Law Review 1 (Fall 1997).

- INTERLOCUTORY Appeal (Agravado de Instrumento Nº. 0136470-58.2011.8.0000, TJ-SP, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Sebastião Alves Junqueira, 18 de outubro de 2011.) In <http://www.tjsp.jus.br/>, accessed on April 2nd, 2016.
- LANERI, Christa E. The Texas Religious Freedom Restoration Act: Does It Really Work?, 16 Texas Wesleyan Law Review 457 (2010).
- MAYO, Andrew Stone. For God and Money: The Place of the Megachurch Within the Bankruptcy Code. 27 Emory Bankr. Dev. J. 609, 650 (2011).
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Nº. 1 de 1969*.
- MCELROY, Meghaan Cecilia. Possessions is Nine Tenths of The Law: But Who Really Owns a Church's Property in the Wake of a Religious Slit Within a Hierarchical Church?. 50 William and Mary Law Review 311 (October 2008).
- MULLIKIN v. Jewish Hospital Ass'n of Louisville, 348 S.W.2d 930 (Ky 1961).
- POWERS, Kevin M. The Sword and the Shield: RLUIPA and the New Battle Ground of Religious Freedom. 22 Buffalo Public Interest Law Journal 145 (2003-2004).
- REPORT on the Tenth Anniversary of the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act from the U.S. Department of Justice, Sept. 22, 2010 (in http://www.justice.gov/crt/rluipa_report_092210.pdf, accessed on April 2nd, 2016).
- SILVA, José. Afonso da. (1976) *Curso de Direito Constitucional Positivo* 25ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, pp. 248-53.
- Tax Guide for Churches and Religious Organizations. Internal Revenue Service, <http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p1828.pdf>, p. 3, accessed on April 1st, 2016.
- SQUILLANTE, Theodore Lewis, Constitutional Law – Freedom of Religion – Church and State – Property – Ecclesiastical Law – A State May Constitutionally Adopt a “Neutral Principles of Law” Approach for Adjudicating Church Property Disputes – Jones v. Wolf, 99 S. Ct. 3020 (1979). 48 U. Cin. L. Rev. 1108 (1979).
- SPRINGER v. Federated Church of Reno, 71 Nev. 177, 283p. 2d 1071 (1955).
- TRIBE, Laurence Henry. *Church and State in the Constitution*, in Government Intervention in Religious Affairs 31, 32-33 (D. Kelley ed. 1982).
- UNITED States Department of Justice site, <http://www.justice.gov/crt/about/hce/rluipaexplain.php>, accessed Apr. 2, 2014.
- USMAN, Jeffrey Omar. Defining Religion: The Struggle to Define Religion under the First Amendment and the Contributions and Insights of Other Disciplines of Study Including Theology, Psychology, Sociology, the Arts, and Anthropology. 83 North Dakota Law Review 123 (2007).
- UTTER, Jack. American Indians: Answers to Today's Questions. University of Oklahoma Press, 2001, ISBN 0-8061-3309-0.
- VENOSA, S. S. *Direito Civil: Parte geral* (1984). 4ª edição. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2004. 662, pp. 272-73.
- WELCH, Heather M. The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act and Mega-Churches: Demonstrating the Limits of Religious Land Use Exemptions in Federal Legislation. 39 University of Baltimore Law Rev. 255 (2010).
- WISCONSIN v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).
- WRIT of Mandamus (Recurso em Mandado de Segurança Nº. 22.582/CE, STJ, Primeira Seção, Rel. Herman Benjamin, 10 de fevereiro de 2010.). In http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp, accessed on April 2nd, 2016.

NOTES

1. USMAN, Jeffrey Omar. Defining Religion: The Struggle to Define Religion under the First Amendment and the Contributions and Insights of Other Disciplines of Study Including Theology, Psychology, Sociology, the Arts, and Anthropology. 83 North Dakota Law Review 123 (2007) (quoting Austin Cline, Religion as Faith and Ultimate Concern, <http://atheism.about.com/od/aboutreligion/a/UltimateConcern.htm>).
2. Developments in the Law - Religion and the State, 100 Harvard Law Review 1606, 1623 (1986-1987).
3. ARZT, Donna E., CHON, Margaret. Walking While Muslim. 68 Law & Contemporary Problems 215 (2004-2005).
4. Developments in the Law - Religion and the State. 100 Harvard Law Review 1606, 1624 (1986-1987).
5. 133 U.S. 333, 342 (1890).
6. 367 U.S. 488 (1961).
7. See Developments in the Law - Religion and the State, 100 Harvard Law Review 1606, 1624 (1986-1987).
8. See DEAN, Jacob E. Do You Have That New Church App for a Clearer and Broader Definition of Church Under The Internal Revenue Code. 46 Creighton L. Rev. 173.
9. HORWITZ, Paul. Scientology in Court: A Comparative Analysis and Some Thoughts on Selected Issues in Law and Religion. 47 DePaul Law Review 1 (Fall 1997).
10. See WELCH, Heather M. The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act and Mega-Churches: Demonstrating the Limits of Religious Land Use Exemptions in Federal Legislation. 39 University of Baltimore Law Rev. 255 (2010).
11. *Id.*
12. See ANDERSEN, David M. Political Silence at Church: The Empty Threat of Removing Tax-Exempt Status for Insubstantial Attempts To Influence Legislation. 2006 B. Y. U. L. Rev 115.
13. GOODWIN, Glenn. Would Caesar Tax God? The Constitutionality of the Governmental Taxation of Churches. 35 Drake L. Rev. 383, 403-04 (1986).
14. For instance, William A. Dohahue, in ANDERSEN, David M. Political Silence at Church: The Empty Threat of Removing Tax-Exempt Status for Insubstantial Attempts to Influence Legislation. 2006 B. Y. U. L. Rev 115.
15. FERREIRA, A. B. H. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 6.0.1. 4ª Ed. [S.l.]: 2009.
16. HARPER, D. Religion. In *Online Etymology Dictionary*. http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=religion&searchmode=none, accessed on March 30, 2016.
17. DURKHEIM, E. *The Elementary Forms of the Religious Life*. Translated by Joseph Ward Swain. London: George Allen & Unwin Ltd., 1915, p. 47.
18. Extraordinary Appeal, Brazilian Supreme Court (Recurso Extraordinário Nº. 562.351-RS, STF, 1ª Turma, Rel. Ricardo Lewandowski). Sept. 4, 2012, in <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>, accessed on April 1st, 2016.
19. HORWITZ, Paul. Scientology in Court: A Comparative Analysis and Some Thoughts on Selected Issues in Law and Religion. 47 DePaul Law Review 32 (Fall 1997).
20. MEACHAM, Jon. The Gospel Truth. Washington Monthly, Dec. 25, 1993, p. 8.
21. See CANDELORO, Ana Paula P., MARTINS DE RIZZO, Maria Balbina, PINHO, Vinicius. *Compliance 360º: Riscos, Estratégias, Conflitos e Vaidades no Mundo Corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária. 2012, pp. 388-99.
22. See Developments in the Law - Religion and the State, 100 Harvard Law Review 1606, 1620 (1986-1987) (citing R. BELLAH, Civil Religion in America, in *Beyond Belief: Essays on Religion in a Post-Traditional World* 20, 168 (1970)).
23. Developments in the Law - Religion and the State: Complex Interaction between Religion and Government, 100 Harv. L. Rev. 1612, 1620 (1987).
24. See KONVITZ, Milton R. in a similar perspective, but defending the refusal of public aid to parochial schools. Separation of Church and State: The First Freedom, 14 Law & Contemporary Problems 44 (1949).

25. The U.S. Supreme Court extended the establishment clause to the states and recited separationist dicta that would seem to prohibit any aid to religion (*Everton v. Board of Education*, 330 U.S. 1, 15-16 (1947)).
26. In WELCH, Heather M. The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act and Mega-Churches: Demonstrating the Limits of Religious Land Use Exemptions in Federal Legislation. 39 University of Baltimore Law Review 255 (2010).
27. Two town residents, after asking the board to change its practice several times, filed a lawsuit against the town board in 2008 because they were offended by the "town board's alignment with Christianity through the board's persistent presentation of Christian prayers." In their complaint, they argued that "sends the message to non-Christians that they are unwelcome at Board meetings and that the Board does not represent non-Christians' concerns." (Complaint at 5, *Galloway v. Town of Greece*, 732 F. Supp. 2d 195 (W.D.N.Y. 2010)).
28. See *Greece v. Galloway: Why We Should Care About Legislative Prayer*. Center for American Progress publication. Oct. 1, 2013, p. 2.
29. Developments in the Law - Religion and the State, 100 Harvard Law Review 1740, 1741-42 (May 1987).
30. TRIBE, Laurence Henry. *Church and State in the Constitution*, in Government Intervention in Religious Affairs 31, 32-33 (D. Kelley ed. 1982).
31. Developments in the Law - Religion and the State, 100 Harvard Law Review 1606, 1748 (1986-1987).
32. MIRANDA, F. C, p. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Nº. 1 de 1969*.
33. SILVA, J. A. (1976) *Curso de Direito Constitucional Positivo* 25ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. 921, pp. 248-53.
34. FERREIRA, A. B. H. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 6.0.1. 4ª edição, [S.l.]: 2009.
35. HARPER, D. Cult. In *Online Etymology Dictionary*. In http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=cult&searchmode=none, accessed on March 30, 2016.
36. SILVA, J. A. (1976) *Curso de Direito Constitucional Positivo* 25ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. 921, pp. 248-53.
37. FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. 424, pp. 325-26.
38. According to Eoin Daly, "the historically close relationship between the State and the Roman Catholic Church has had a more informal basis, with the rarely-invoked Article 44 of Bunreacht na bEireann ('the Constitution') remaining the almost exclusive legal basis for the State-religion relationship." In Regulation Religious Function: The Strange Case of Mass Cards, 9 Hibernian L. J. 55, 55 (2010).
39. Rules about General Assembly of Associations.
40. VENOSA, S. S. *Direito Civil: Parte geral* (1984). 4ª edição. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2004. 662, pp. 272-73.
41. ALVES, J. F.; DELGADO, M. L. *Código*, cit., p. 46; DINIZ, M. H. *Código Civil Anotado*. 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 1432, p. 95.
42. Interlocutory Appeal (Agravado de Instrumento Nº. 0136470-58.2011.8.0000, TJ-SP, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Sebastião Alves Junqueira, 18 de outubro de 2011). In <http://www.tjsp.jus.br>, accessed on April 2nd, 2016.
43. In LANERI, Christa E. The Texas Religious Freedom Restorations Act: Does It Really Work?. 16 Texas Wesleyan Law Review 457 (2010).
44. *Id.*
45. The Code, however, also protects certain corporations from involuntary bankruptcy. These are corporations that are not "moneyed, business, or commercial" in nature, including "churches, schools, and charitable organizations and foundations." MAYO, Andrew Stone. For God and Money: The Place of the Megachurch Within the Bankruptcy Code. 27 Emory Bankr. Dev. J. 609, 611 (2011).
46. See MAYO, Andrew Stone. For God and Money: The Place of the Megachurch within the Bankruptcy Code. 27 Emory Bankr. Dev. J. 609, 650 (2011).
47. See MAYO, Andrew Stone. For God and Money: The Place of the Megachurch within the Bankruptcy Code. 27 Emory Bankr. Dev. J. 609, 610-11 (2011).
48. 11 U.S.C. § 303 (2006).

49. In HORWITZ, Paul. *Scientology in Court: A Comparative Analysis and Some Thoughts on Selected Issues in Law and Religion*. 47 DePaul Law Review 1, 28 (Fall 1997).
50. *United States v. Ballard*, 322 U.S. 78, 92-95 (1944).
51. According to Ved P. Nanda, in many Islamic or Muslim countries, the people feel obligated to conduct their lives in conformity with the precepts of the Qu'an and Sunna. These countries profess to be governed by authoritative statements of the traditional law of Islam, Shari'a law (in NANDA, Ved P. *Islam and International Human Rights Law: Selected Aspects*, 87 American Society International Law 327, 328 (1993)).
52. ARAFA, Mohamed A. *Corruption and Bribery in Islamic Law: Are Islamic Ideals Being Met in Practice?*. 18 Annual Survey of International & Comparative Law 171, 171-2 (2012).
53. MEACHAM, Jon. *The Gospel Truth*. Washington Monthly, Dec. 25, 1993, p. 8.
54. See SMITH, Michael E. *The Special Place of Religion in the Constitution*. 1983 Sup. Ct. Rev. 83, 90
55. DALLARI, Dalmo. *Fraudes em nome de Deus*. Observatório da Imprensa, caderno da cidadania, http://observatoriodaimprensa.com.br/news/view/fraudes_em_nome_de_deus, Mar. 16, 2010.

LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO ÚLTIMO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS*

.....

Felipe Gómez Isa

Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho e investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto (Bilbao, España); Profesor Visitante en el Washington College of Law of American University, en la Peoples' Friendship University of Russia (Moscu), en la Universidad Externado de Colombia (Bogotá) y en el Instituto de Derechos Humanos René Cassin de Estrasburgo.

RESUMEN

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) es un documento indisolublemente unido a los avatares que habían acaecido durante la Segunda Guerra Mundial. La Declaración fue fruto del consenso, reflejando un compromiso y un delicado equilibrio entre las diferentes ideologías y las diferentes cosmovisiones que estaban presentes en esos momentos en las Naciones Unidas. La Declaración Universal se convirtió en un instrumento revolucionario, dado que constituyó el primer texto de carácter internacional que lograba integrar en su seno tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, avanzando así el concepto de la indivisibilidad e interdependencia del conjunto de los derechos humanos. Todos los derechos eran indispensables para la protección de la dignidad del ser humano, el fundamento último de los derechos consagrados en la Declaración Universal.

Palabras Clave

Derechos humanos; Declaración Universal de Derechos Humanos; dignidad; interdependencia e indivisibilidad; Naciones Unidas.

INTRODUCCIÓN

La idea de los derechos humanos, basada en las nociones de dignidad del ser humano y de limitación al poder del Estado, es un fenómeno que se encuentra presente, aunque con diferentes manifestaciones, prácticamente a lo largo de toda la historia¹. La lucha por el reconocimiento de la dignidad de la persona es una constante del devenir histórico, desde el tímido reconocimiento de los derechos de

los indios en la época de la Conquista² hasta la moderna plasmación de los derechos del hombre y del ciudadano tras la Revolución Francesa. En la actualidad nos encontramos en una fase de internacionalización de los derechos humanos, es decir, una vez que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos internos han procedido al reconocimiento de los derechos y las libertades fundamentales, se ha abierto una etapa en la que los derechos humanos han sido objeto de proclamación en el ámbito de Organizaciones Internacionales. En esta etapa de internacionalización ha jugado un papel estelar la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), texto de una importancia crucial para la afirmación de la dignidad de todos los hombres y todas las mujeres que pueblan el Planeta en un incierto comienzo de siglo.

1. LAS NACIONES UNIDAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

El fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos después de la II Guerra Mundial puede atribuirse a las monstruosas violaciones ocurridas en la era hitleriana y a la convicción de que muchas de estas violaciones se podrían haber evitado si hubiera existido en los días de la Sociedad de Naciones un sistema internacional efectivo de protección de los derechos humanos. Ahora bien, los horrores de la II Guerra Mundial no son el único factor, aunque quizás sí el más importante, que está detrás de este proceso de consagración internacional de los derechos humanos⁴. En estos momentos se venía gestando un movimiento de amplio alcance en favor de los derechos humanos. La tragedia que se vivió en la II Guerra Mundial en relación a los derechos humanos sirvió como catalizador de todas estas fuerzas que estaban clamando por

un reconocimiento de los derechos humanos en la esfera internacional. Todo ello hizo que los derechos humanos estuviesen muy presentes en la Conferencia de San Francisco.

1.1 La Conferencia de San Francisco

La Conferencia de San Francisco va a desempeñar un rol fundamental para la inclusión de los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas. Como ha señalado un gran conocedor del proceso de elaboración de la Carta en San Francisco,

había un gran interés, particularmente entre las pequeñas y medianas potencias y entre las organizaciones privadas que tenían status consultivo en la delegación norteamericana, en ampliar y reforzar el rol de la Organización en las cuestiones económicas y sociales, incluyendo el campo de los derechos humanos⁵.

En este sentido, desempeñaron un papel de una enorme trascendencia varias delegaciones latinoamericanas, lo que ha llegado a ser calificado como “el activismo latinoamericano”⁶ en la Conferencia de San Francisco. Algunas de estas delegaciones querían un *Bill of Rights* en la Carta, es decir, una Declaración de Derechos Humanos como anexo. Países como México, Chile, Cuba, Panamá o Uruguay, expoleados por la Conferencia de Chapultepec⁷, realizaron propuestas muy avanzadas en este sentido. Mientras que México y Panamá proponían una Declaración en el propio texto de la Carta de las Naciones Unidas, Uruguay y Cuba se conformaban con que, una vez creada la ONU, la Asamblea General aprobase en el plazo de tiempo más corto posible una Declaración de Derechos Humanos. Sin ninguna duda, la propuesta más audaz fue la efectuada por Panamá, quien introdujo como enmienda una “Declaración de Derechos Humanos Esenciales”⁸, Declaración que incluía tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales y que formaría parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas.

Sin embargo, estas propuestas encontraron el más absoluto rechazo por parte, fundamentalmente, de las Grandes Potencias presentes en San Francisco. Son varias las razones que explican este rechazo. En primer lugar, un aspecto que preocupaba a todas las Potencias era que los derechos humanos no

interfiriesen en sus asuntos internos, sobre todo teniendo en cuenta que todas ellas tenían en esos momentos serios problemas en relación a los habitantes de sus territorios. Estados Unidos se enfrentaba a la cuestión de la discriminación racial contra las personas de color; la Unión Soviética, por su parte, mantenía sus *Gulag*, donde los derechos humanos brillaban por su ausencia; finalmente, tanto el Reino Unido como Francia seguían disfrutando de sus imperios coloniales en los que tampoco se puede decir que se respetasen los derechos humanos. En segundo lugar, hubiera sido muy difícil elaborar una Declaración de Derechos Humanos en una Conferencia Internacional de varias semanas como la de San Francisco, en la que, además, existían otros muchos problemas que solventar, como las delicadas cuestiones relacionadas con la paz y la seguridad internacionales. Por último, otra cuestión que también estuvo planeando durante toda la Conferencia de San Francisco fue “el fantasma del rechazo del Senado de los Estados Unidos a dar su consentimiento al Pacto de la Sociedad de Naciones”⁹, lo que, entre otros factores, contribuyó al relativo fracaso de la Organización creada tras la I Guerra Mundial. El haber forzado a Estados Unidos a aceptar una Carta de las Naciones Unidas con una Declaración de Derechos Humanos en su seno quizás hubiera motivado de nuevo su “aislacionismo internacional”, cosa que se quería evitar en todo momento.

A pesar de que, finalmente, fue imposible la inclusión de una Declaración de Derechos en la Carta de las Naciones Unidas, sí que se recogen importantes referencias a los derechos humanos, disposiciones mucho más fuertes que las contenidas en las Propuestas de Dumbarton Oaks¹⁰. Esta fuerza relativa de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas que hacen referencia a los derechos humanos se debe básicamente al lobby llevado a cabo por ciertos países pequeños, como los de América Latina, y por las ONGs que formaban parte de la delegación norteamericana en la Conferencia de San Francisco. Como se ha señalado a este respecto por John P. Humphrey, Director de la División de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al tiempo de la elaboración de la Declaración Universal,

las propuestas relativamente fuertes sobre los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas fueron, en su mayor

parte, el resultado del lobby llevado a cabo por ONGs e individuos en la Conferencia de San Francisco. El Gobierno de los Estados Unidos había invitado a 42 organizaciones representativas de diferentes aspectos de la vida americana (Iglesias, sindicatos, grupos étnicos, movimientos por la paz...) a que enviaran sus representantes a la Conferencia de San Francisco, donde actuaron como consultores de su delegación. Este grupo de gente, ayudados por las delegaciones de algunos países pequeños, llevaron a cabo un lobby en favor de los derechos humanos sobre el que no existe paralelo en la historia de las relaciones internacionales y que fue, en gran medida, responsable de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos¹¹.

Por otro lado, Panamá, ante el rechazo a su iniciativa de incluir una Declaración de Derechos Humanos en la Carta de las Naciones Unidas, propuso que en el informe del Comité que había redactado la Carta se recomendase que, una vez creada la Organización de las Naciones Unidas, ésta se embarcase inmediatamente en la elaboración de una Declaración de Derechos Humanos. Esta propuesta fue aceptada¹², con lo que estaba en el ánimo de las diferentes delegaciones presentes en San Francisco que una de las primeras tareas de la nueva Organización que se acababa de crear sería la adopción de un instrumento en materia de derechos humanos que precisase las disposiciones de la Carta.

1.2 Los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas

Ya en el mismo preámbulo de la Carta, los pueblos de las Naciones Unidas reafirman “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la *dignidad* y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas” (la cursiva es nuestra). Hay que señalar, como han hecho unos de los principales comentaristas de la Carta de las Naciones Unidas, que, junto con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la otra idea-fuerza que resulta de este preámbulo es el respeto a los derechos humanos¹³. Por su parte, en el párrafo final del preámbulo de nuevo los pueblos de las Naciones Unidas se declaran resueltos “a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad”. Este enunciado, que, como veremos, también figura

en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, va a ser de una importancia excepcional para la ampliación del concepto tradicional de los derechos humanos. Si este concepto tradicional se ha centrado exclusivamente en los derechos civiles y políticos surgidos de las revoluciones liberales del siglo XVIII, con el pronunciamiento en torno a un *concepto más amplio de la libertad*, la Carta de las Naciones Unidas, influida en este punto por el Discurso de las Cuatro Libertades de Roosevelt de 1941, va a dar entrada a los derechos de la segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales.

Asimismo, el artículo 1.3 la Carta señala como uno de los propósitos de la Organización “realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. Como podemos comprobar, desde la parte programática de la Carta de las Naciones Unidas se está asumiendo un compromiso claro y diáfano con la causa de los derechos humanos. Además, en esta disposición se consagra el *principio de no discriminación* como principio básico. La inclusión de este principio en un apartado tan importante de la Carta, como es donde se establecen cuáles son los propósitos de la nueva Organización Internacional, en absoluto fue pacífica, generando un debate muy intenso fundamentalmente entre los Estados Unidos y la Unión Soviética. Aunque la Guerra Fría todavía no había comenzado, ya se dejaban sentir algunos de sus más perniciosos efectos, lo que influyó sobremanera en la forma de enfrentarse a la cuestión de los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas. Finalmente, tras arduas discusiones, Estados Unidos, donde se vivía con toda su crudeza el problema racial, aceptó que figurase el principio de no discriminación a cambio de que la Unión Soviética renunciase a sus pretensiones de incluir una referencia expresa en la Carta al derecho al trabajo y al derecho a la educación, derechos muy queridos para la concepción socialista de los derechos humanos. Gran Bretaña, que seguía con sus recelos motivados por el miedo a que las referencias a los derechos humanos en la Carta pudieran suponer una interferencia en sus asuntos internos, no tuvo más remedio que plegarse ante el consenso al que se había llegado entre Estados Unidos y la Unión Soviética¹⁴.

Las obligaciones que asumen los Estados para el logro de los objetivos marcados en el mencionado artículo 1.3 de la Carta están recogidas en los artículos 55 y 56 de la misma, disposiciones que inauguran el capítulo IX de la Carta, el consagrado a la “Cooperación Internacional Económica y Social”. En el artículo 55, la Organización vuelve a asumir el compromiso de promover el respeto universal de los derechos humanos sin ningún tipo de distinción, tratando de velar en todo momento por su efectividad. Además, en este artículo 55 se establece el principio de la libre determinación de los pueblos, principio que, como veremos, ni tan siquiera se menciona en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁵. En virtud de este artículo 55,

con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

... c) 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.

Aunque el mandato que se encarga a la ONU en este artículo 55 es muy amplio, los poderes que se le confieren son muy limitados. La tarea de llevar adelante este compromiso se le asigna a la Asamblea General (artículo 13.1.b¹⁶) y al Consejo Económico y Social (artículo 62.2¹⁷), órganos cuyas resoluciones en estos temas no son jurídicamente vinculantes. Hay que decir que sobre la base de este artículo las Naciones Unidas, de la mano de la Comisión de Derechos Humanos (sustituida en 2006 por el actual Consejo de Derechos Humanos) y de la Asamblea General, han desplegado una importantísima labor en orden a la promoción y el respeto de los derechos humanos¹⁸.

Mientras que el artículo 55 que acabamos de analizar se dirige a la Organización de las Naciones Unidas, estableciendo cuáles son sus responsabilidades en el área de los derechos humanos, en cambio, el artículo 56 va a tener como objetivo conminar a los Estados a que se comprometan, en cooperación con las Naciones Unidas, con la causa de los derechos

humanos. En este artículo 56, “todos los 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”.

Analizadas someramente estas disposiciones, hoy en día podemos afirmar sin ninguna ambigüedad que las obligaciones de los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas establecen *auténticas obligaciones jurídicas* en materia de derechos humanos tanto para la Organización como para todos y cada uno de los Estados Miembros, y no meras recomendaciones programáticas, como han sostenido ciertos Estados. Sin embargo, desde los mismos inicios de las Naciones Unidas, tanto desde la doctrina como desde diferentes Estados, se ha cuestionado hasta qué punto los derechos humanos constituyen un asunto que entra dentro de aquellas materias “que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados” (artículo 2.7 de la Carta) y que, como consecuencia, no permitirían una intervención ni por parte de las Naciones Unidas ni por parte de otros Estados de la comunidad internacional. Aunque inicialmente existieron dudas al respecto, muy pronto dichas dudas se disiparon y los derechos humanos entraron en un proceso de internacionalización que los iba alejando progresivamente de la jurisdicción interna de los Estados¹⁹. Como han señalado a este respecto Jean-Bernard Marie y Nicole Questiaux, el artículo 2.7 de la Carta es una disposición de “geometría evolutiva”, lo que hace que los derechos humanos hayan escapado progresivamente del dominio reservado de los Estados para convertirse en una materia “de interés internacional”²⁰.

Ahora bien, no se nos escapa que existen serias e importantes lagunas en estas referencias genéricas a los derechos humanos que encontramos en la Carta de las Naciones Unidas. En primer lugar, no se ofrece una definición de lo que se debe entenderse por derechos humanos. Tampoco procede la Carta, en segundo lugar, a una mínima enumeración de cuáles son esos derechos, salvo la referencia expresa al principio de no discriminación. Y, por último, no se establecen mecanismos concretos para garantizar los derechos humanos. Pues bien, a pesar de estas deficiencias, “la inclusión de las disposiciones de derechos humanos en la Carta de

las Naciones Unidas cambió los parámetros del debate sobre los derechos humanos e introdujo nuevos principios en la política mundial y en el Derecho Internacional²¹. La Carta de las Naciones Unidas se convirtió a partir de 1945 en el fundamento legal y conceptual del proceso de internacionalización de los derechos humanos.

Una última disposición relevante de la Carta relativa a los derechos humanos que no podemos olvidar es el artículo 68. Este artículo²² permite al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) la creación de las comisiones que sean necesarias para el desempeño de todas sus funciones. El hecho realmente significativo en lo que a nosotros nos concierne es que en este artículo 68 se cita expresamente que el ECOSOC “establecerá comisiones de orden económico y social y *para la promoción de los derechos humanos...*”. Si he citado en cursiva las palabras anteriores es porque esa frase nos parece dar a entender que el Consejo Económico y Social deberá establecer una comisión para la promoción de los derechos humanos. Lo cierto es que la inclusión de esta frase en el artículo 68 fue el fruto de un intenso grupo de presión en favor de la creación de una comisión de derechos humanos. De nuevo en este punto jugaron un papel determinante las 42 ONGs con status consultivo en la delegación norteamericana presente en la Conferencia de San Francisco. Su presión finalmente tuvo éxito, dado que tuvieron que influir en la delegación norteamericana para que venciese las grandes reticencias que habían mostrado Gran Bretaña, la Unión Soviética y China, que no eran favorables a una disposición tan explícita que posibilitaría la creación de una comisión de derechos humanos²³. Además, se entendía que esta comisión de derechos humanos que se crearía por parte del ECOSOC sería la encargada de elaborar la Declaración de Derechos Humanos que vendría a precisar las disposiciones de la Carta en materia de derechos humanos²⁴. Pues bien, todo se desarrolló tal y como se había previsto en este guión, y uno de los primeros actos del Consejo Económico y Social fue la creación de la *Comisión de Derechos Humanos* en 1946, órgano que tendría como labor fundamental en sus primeros años de vida la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como nos vamos a encargar de ver a continuación.

2. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ya hemos visto cómo en la Conferencia de San Francisco hubo propuestas más audaces en lo que concierne a los derechos humanos que las que finalmente se incluyeron en la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, también hemos hecho referencia a la extraordinaria importancia del artículo 68 de la Carta, en el que se conminaba al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas a la creación de una comisión de derechos humanos. Esta Comisión de Derechos Humanos se creó inmediatamente, en febrero de 1946, encomendándosele la tarea de preparar un proyecto de “una Carta internacional de derechos humanos”. La Comisión reconoció muy pronto que sería relativamente fácil llegar a un acuerdo sobre un texto de carácter declarativo-programático, pero que la aceptación de un proyecto de tratado internacional jurídicamente vinculante, que definiera con exactitud las obligaciones de los Estados en cada uno de los derechos, sería un proceso mucho más largo y mucho más difícil de obtener. De nuevo los problemas relativos a la soberanía de los Estados iban a estar condicionando todo el proceso de internacionalización de los derechos humanos que se había comenzado con la Carta de las Naciones Unidas. La Comisión, de una manera muy inteligente, decidió por lo tanto trabajar en primer lugar en una Declaración para, inmediatamente después de que ésta estuviese aprobada, preparar un proyecto de tratado. Esta decisión guió el trabajo de la Comisión en los próximos años, dando lugar a la Declaración Universal en 1948 y, pasados 18 años, a los Pactos Internacionales de derechos humanos de 1966, que entrarían en vigor 10 años más tarde, esto es, en 1976.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el primer instrumento jurídico internacional general de derechos humanos proclamado por una organización internacional de carácter universal²⁵. Como ha señalado Thomas Buergenthal, antiguo Presidente de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, la Declaración “por su carácter moral y la importancia jurídica y política que ha adquirido con el transcurso del tiempo, se la puede situar a la altura de la Carta Magna inglesa, de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre

y del Ciudadano (1789) y de la Declaración de Independencia Americana (1776), como un hito en la lucha de la humanidad por la libertad y la dignidad humana”²⁶.

2.1 Elaboración de la Declaración Universal

Desde los primeros pasos de las Naciones Unidas, la elaboración de un instrumento de derechos humanos que concretase y definiese las disposiciones de la Carta se convirtió en uno de sus objetivos esenciales. Fue la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946 como órgano subsidiario del Consejo Económico y Social (ECOSOC), quien asumió la parte más importante de dicha tarea. Ahora bien, desde el principio la Comisión de Derechos Humanos fue consciente de la dificultad de tal empresa, ya que las posiciones estaban, como vamos a ver, muy enfrentadas.

El principal problema al que se enfrentaba la Comisión de Derechos Humanos en la realización de esta tarea era el gran conflicto ideológico-político que se vivía en esos momentos en la sociedad internacional y, por supuesto, dentro de las Naciones Unidas. Nos estamos refiriendo al conflicto Este-Oeste, la pugna ideológica, política, económica... entre Estados Unidos y sus aliados occidentales, por un lado, y, por otro, el bloque socialista capitaneado por la Unión Soviética. Para la Unión Soviética y los países del bloque socialista la Declaración Universal de los Derechos Humanos no era un objetivo fundamental, mostrando más bien una “hostilidad irreductible”²⁷. En su opinión, la persona es, ante todo, un ser social y, por lo tanto, los derechos que hay que garantizar son los derechos de carácter económico, social y cultural, no otorgando tanta importancia a los derechos de naturaleza civil y política. Por otro lado, los países socialistas daban una enorme importancia al principio de la soberanía estatal. En este sentido, los derechos humanos no podían pasar por encima de la soberanía de los Estados, es decir, las cuestiones relativas a los derechos humanos se consideraban un asunto esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados y, en consecuencia, la comunidad internacional no podía intervenir y criticar la situación de los derechos humanos en un determinado país. En cambio, la postura defendida por los países occidentales, en especial Francia,

Estados Unidos y Gran Bretaña, se distinguía por una decidida defensa de los derechos de carácter civil y político, las libertades clásicas de las democracias occidentales. Asimismo, estos países eran partidarios de que los derechos humanos pasasen a ser un asunto que escapase a la jurisdicción interna de los Estados, es decir, que la comunidad internacional tuviese algo que decir en estas cuestiones.

Como vemos, la controversia estaba servida, y los derechos humanos se convirtieron en un arma arrojadiza más entre las grandes potencias ya enfrascadas en la Guerra Fría que durará desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial hasta principios de los años noventa. Los derechos humanos han sido una cuestión que ha estado absolutamente politizada, entrando en juego factores externos a lo que constituye la esencia y la razón de ser de los derechos humanos: la defensa de la dignidad de la persona humana. Como sostuvo en este sentido John Foster Dulles, antiguo Secretario de Estado Norteamericano, en un discurso ante la *American Bar Association* en 1949, “la Declaración Universal, como la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, es un importante elemento de la gran lucha ideológica que ahora se está desarrollando en el mundo, y desde este punto de vista la Sra. Roosevelt ha aportado una destacada contribución en defensa de los ideales norteamericanos”²⁸. Como podemos comprobar, el Sr. Dulles concebía la Declaración Universal como un elemento más de la lucha ideológica contra la URSS, haciendo una especial mención a la labor de la representante de Estados Unidos en el comité de redacción de la Declaración, la Sra. Eleanor Roosevelt, que había consistido en una defensa a ultranza de los ideales y los principios americanos²⁹.

A pesar de estas opiniones extremas hay que decir que, finalmente, la Declaración Universal constituyó un equilibrio, una suerte de consenso entre las diferentes posturas que existían en la comunidad internacional en torno a la controvertida cuestión de los derechos humanos. Como ha señalado con acierto el profesor Antonio Cassese, la Declaración Universal, más que un triunfo de uno u otro bloque, supuso “una victoria (no total, ciertamente) de la humanidad entera”³⁰. Nos encontramos, en definitiva, ante un “compromiso ideológico entre la concepción liberal occidental de los derechos y libertades y

la concepción del marxismo soviético y de los Estados socialistas³¹.

Una vez aprobado el proyecto de Declaración Universal en la Comisión de Derechos Humanos, este mismo órgano se lo transmite al ECOSOC para que, a su vez, el ECOSOC se lo presente a la Asamblea General de las Naciones Unidas, que es quien finalmente tenía que aprobar el proyecto. En septiembre de 1948 la Asamblea General envió el proyecto de Declaración a su Tercera Comisión, la Comisión de Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales, para que lo examinase. Tras 24 sesiones de trabajo, esta Comisión ultimó el proyecto de Declaración, recomendando su aprobación a la Asamblea General por 29 votos a favor, ningún voto en contra y sí, en cambio, 7 abstenciones. Los países que se abstuvieron en la votación que se produjo en la Tercera Comisión de la Asamblea General fueron los 6 países de la Europa socialista y Canadá, aunque, como veremos, este último país votó afirmativamente en la Asamblea General. Ciertamente, la mayor oposición provenía de parte de los países del bloque socialista.

Finalmente, el 10 de diciembre de 1948 tuvo lugar la aprobación en el palacio Chaillot de París de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas³². La votación final que se produjo en la Asamblea General es bastante reveladora de dónde habían estado los principales problemas en orden a la aprobación de la Declaración Universal. En este sentido, hay que señalar que la Declaración contó con 48 votos a favor, 8 abstenciones y ni un solo voto en contra³³, lo que constituyó todo un triunfo. Ahora bien, el texto final cuenta con 8 abstenciones. Estas 8 abstenciones fueron las siguientes: República Socialista Soviética de Bielorusia; Checoslovaquia; Polonia; Yugoslavia; República Socialista Soviética de Ucrania; la Unión Soviética; la Unión Sudafricana y Arabia Saudí. Como podemos comprobar, los países del bloque socialista se abstuvieron en bloque al no estar de acuerdo con alguna de las partes de la Declaración. Por su parte, como veremos más adelante, Arabia Saudí expresó ciertas reservas derivadas de sus tradiciones religiosas y familiares, y la Unión Sudafricana no se mostraba en absoluto de acuerdo con la inclusión en la Declaración de los derechos

económicos, sociales y culturales. Pero lo que es muchísimo más importante desde nuestro punto de vista es que no se produjo ni un solo voto en contra de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, convirtiéndose así de ahora en adelante en el referente imprescindible de la humanidad en lo que concierne a la materia de los derechos humanos.

Lo cierto es que la elaboración y aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos se produjo con una cierta rapidez si lo comparamos con otros instrumentos de derechos humanos posteriores, aprovechando el *momentum* propicio que vivía la sociedad internacional nada más finalizar la Segunda Guerra Mundial. Si no se hubiese aprobado en diciembre de 1948, los problemas que iban apareciendo a escala internacional hubieran hecho muy difícil el llegar a un consenso sobre un tema tan controvertido como una Declaración de Derechos Humanos. En muchas de las delegaciones que participaron en los debates preparatorios de la Declaración Universal existía la conciencia de que si no se aprobaba en ese preciso momento no se aprobaría nunca. A ello contribuían varios factores, entre los que podemos destacar los siguientes: en primer lugar, los horrores de la guerra comenzaban a estar menos presentes, ya no ejercían la influencia que tuvieron en las primeras sesiones de la Comisión de Derechos Humanos; en segundo lugar, ya se dejaban notar los efectos de la Guerra Fría, intensificándose a partir de 1948, con lo que los derechos humanos comenzaban a quedar a merced de la gran pugna ideológica; en tercer lugar, la cuestión de la autodeterminación comenzó a introducirse en el debate en torno a los derechos humanos, con posturas muy alejadas al respecto; por último, en Estados Unidos iba perdiendo influencia la postura tan favorable a los derechos humanos que había tenido el Presidente Roosevelt³⁴. Es por todos estos factores que la aprobación de la Declaración Universal revistió tanta importancia. Como ha señalado en este sentido Ashild Samnøy, “la elaboración de la Declaración Universal fue una lucha contra el tiempo y contra la erosión de la memoria”³⁵, convirtiéndose en un logro mucho más importante de lo que nadie hubiera imaginado en 1948³⁶.

2.2 Contenido de la Declaración Universal

En lo que respecta al contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, éste va a ser un fiel reflejo de los avatares y de la pugna ideológica que se suscitó entre, fundamentalmente, el bloque socialista liderado por la Unión Soviética y el bloque occidental capitaneado por Estados Unidos. Como ha sostenido en este sentido el gran experto en derechos humanos Antonio Cassese, “la discusión que se trabó en las Naciones Unidas sobre la Declaración Universal fue íntegramente un fragmento de Guerra Fría”³⁷, tratando cada bloque de expresar en la Declaración su propia concepción de los derechos humanos y del orden político, social y económico. Nos encontramos, a la hora de modelar el contenido de la Declaración Universal, ante “la confrontación de dos mesianismos de los derechos humanos”³⁸, el capitalista y el socialista. Mientras uno de ellos, el capitalista, pone el acento en las libertades individuales de corte clásico, es decir, los derechos civiles y políticos surgidos de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, el otro enfatiza las circunstancias económicas y sociales en las que los individuos y los grupos sociales tienen que ejercitar esos derechos, otorgando una mayor importancia a los derechos económicos, sociales y culturales nacidos a finales del siglo XIX y en el primer tercio de nuestro siglo. No podemos perder de vista que en esta época la Organización de las Naciones Unidas estaba compuesta todavía por un número reducido de Estados, dado que aún persistía el vasto imperio colonial³⁹. Es por esta razón que la mayor parte del conjunto de países que hoy denominamos *Tercer Mundo* estuvo ausente en el debate en torno a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el conflicto más serio se suscitase entre los países occidentales y los países pertenecientes al bloque socialista, con aportaciones asimismo significativas de países provenientes del ámbito latinoamericano⁴⁰.

A pesar de todo lo señalado, y contra todo pronóstico, el contenido final de la Declaración constituye un delicado y sano equilibrio entre las diferentes ideologías y concepciones de los derechos humanos y de la sociedad que existían en la época de su redacción. Aunque es de justicia reconocer que en determinados pasajes de la Declaración se observa indudablemente un influjo predominante de las tesis occidentales⁴¹,

el resultado final no podemos decir que fuese una imposición de una ideología sobre la otra. En acertadas palabras del eminente jurista latinoamericano Héctor Gros Espiell,

la Declaración Universal pretendió presentar una concepción universal, un ideal común a la humanidad entera, de los derechos humanos, elevándose, en un mundo dividido, sobre las distintas ideologías y los opuestos criterios sobre su origen y naturaleza...⁴².

2.3 El Preámbulo y los artículos 1 y 2: el sustrato ideológico de la Declaración

El preámbulo del texto que venimos analizando goza de una importancia excepcional, dado que es ahí donde se contienen las principales líneas y directrices en cuanto a la concepción de los derechos humanos que quiere expresar la Declaración Universal. Contiene, por decirlo así, la matriz ideológica de la Declaración. Siguiendo en este punto las sabias palabras de René Cassin, el representante francés en el grupo de trabajo que redactó la Declaración y uno de sus principales ideólogos,

la Declaración Universal ha sido comparada al vasto pórtico de un templo, en el que el frontón está formado por el preámbulo que afirma la unidad de la familia humana, y donde las columnas están constituidas por los principios generales de libertad, igualdad, no discriminación y fraternidad proclamados en los artículos 1 y 2⁴³.

Además, el preámbulo se redactó al final, una vez que ya se conocían todos los derechos humanos que iban a figurar en el texto de la Declaración, con lo que se refuerza la tesis de que supone una síntesis de la ideología de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Como ha puesto de manifiesto en este mismo sentido Jan Marteson, que ha analizado específicamente este preámbulo que venimos comentando, el preámbulo “señala inequívocamente que el fundamento de la libertad, la justicia y la paz es el reconocimiento de la dignidad inherente a la persona humana y la igualdad de todos los miembros de la familia humana”⁴⁴. Como vamos a comprobar a continuación, el fundamento de los derechos humanos consagrados en la Declaración no va a

ser otro que la *dignidad de la persona humana*. En palabras de Niceto Blázquez, que se ha detenido a analizar cuál es el significado de la referencia a la dignidad en el texto de la Declaración Universal, “toda la Declaración se basa en el principio filosófico-jurídico de la dignidad de la persona humana. De ella derivan los postulados de libertad, igualdad y fraternidad”⁴⁵. Tal es el sentido del enunciado con el que se abre el texto del preámbulo. En él, la Asamblea General de las Naciones Unidas considera que

la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Otro pronunciamiento importante en orden a situar a la dignidad como el fundamento de los derechos humanos reconocidos en la Declaración lo encontramos en el artículo 1 de la misma. En virtud de esta disposición, que abunda en lo ya establecido en el preámbulo, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Finalmente, encontramos una referencia a la dignidad en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo en el que se reconoce el derecho a la seguridad social y que sirve como marco al reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. Es muy importante la mención dignidad en este artículo 22, dado que viene a decir que sin la satisfacción de los derechos de carácter económico, social y cultural, es decir, sin el establecimiento de un mínimo de justicia social en una sociedad, no cabe una vida digna⁴⁶. Parafraseando al propio artículo 22, toda persona tiene derecho a la seguridad social y a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, “*indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”⁴⁷ (la cursiva es nuestra). Como vemos, la dignidad de la persona humana va a depender tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales. Nos encontramos, como en otros pasajes de la Declaración que mencionaremos, ante una afirmación clara y rotunda de la *indivisibilidad e interdependencia* del conjunto de los derechos humanos.

Ahora bien, la Declaración no nos ofrece ninguna definición de lo que entiende por dignidad, rechazando expresamente cualquier alusión de carácter metafísico para fundamentar la dignidad⁴⁸. Según algunos, “se sobreentiende que la dignidad es la cualidad de ser reconocido como persona”⁴⁹, de donde derivan necesariamente las nociones de libertad e igualdad. Nos encontraríamos, como se ha defendido, ante una “definición descriptivo-psicológica de la dignidad humana, la cual sólo es inteligible a nivel de sentido común y comprensible hasta cierto punto situándose en el momento preciso del final de la II Guerra Mundial, cuando lo más urgente era asegurar un mínimo de paz y tranquilidad tras la contienda”⁵⁰.

Estas dificultades en torno a la definición del término “dignidad” utilizado en la Declaración Universal como fundamento de los derechos humanos nos lleva a un problema de mucha mayor envergadura, cual es tratar de encontrar la filosofía inspiradora de la Declaración, si es que hay alguna. Desde los mismos inicios del proceso de elaboración de la Declaración Universal se vio que el intento de basar los derechos humanos en una única fundamentación filosófica iba a ser una empresa enormemente ardua. En las Naciones Unidas en esos momentos estaban representadas tradiciones culturales, religiosas y filosóficas muy diferentes, en ocasiones, incluso, irreconciliables. Lo cierto es que “las disquisiciones filosóficas o políticas unilaterales hubieran generado, sin duda, discusiones insolubles en el marco pluralista de las Naciones Unidas”⁵¹. La Declaración es, en muchos aspectos, fruto de un compromiso, y la cuestión de su fundamento filosófico fue uno de los aspectos en los que hubo que llegar a acuerdos entre los diferentes puntos de vista, puntos de vista que giraban fundamentalmente en torno a una explicación iusnaturalista de los derechos humanos o una explicación puramente positivista. Como ha señalado a este respecto un profundo conocedor de los derechos humanos como es Joaquín Ruiz-Giménez, los redactores de la Declaración “llegaron al convencimiento de que era inútil seguir discutiendo sobre el último fundamento de los derechos humanos y de que lo importante era darse cuenta de la necesidad de un consenso sobre una enumeración de derechos básicos”⁵². Es por ello que se omitió en la Declaración cualquier referencia demasiado

explícita respecto a su fundamentación. Es cierto, y en esto existe un cierto consenso entre la doctrina, que la filosofía de la Declaración Universal está inspirada básicamente en la filosofía de los derechos naturales del siglo XVIII, pero con muy importantes matizaciones⁵³, como vamos a ver.

En primer lugar, no aparece mencionada explícitamente la “naturaleza” en la Declaración como fundamento último de los derechos humanos, a diferencia de las Declaraciones de Derechos del siglo XVIII⁵⁴ o la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁵⁵. Tras un intenso debate, y visto que en este punto era muy difícil llegar a un consenso, prevaleció la postura que defendía dejar fuera de la Declaración la referencia a la naturaleza. En palabras de la delegación china, “esta medida obviaría cualquier cuestión teológica, que no se podía ni se debía plantear en una Declaración designada para ser universalmente aplicable”⁵⁶.

Este mismo planteamiento del gobierno chino, en segundo lugar, se aplicó al intento por parte de algunas delegaciones de incluir alguna referencia en torno al origen divino de los derechos humanos, tal y como figuraba en las Declaraciones del siglo XVIII⁵⁷. La propuesta más insistente vino de la mano de Brasil, apoyado en este punto por Argentina y por Charles Malik, el representante del Líbano. El Gobierno brasileño propuso que en el artículo 1 de la Declaración se insertase la expresión “creados a imagen y semejanza de Dios”. Finalmente, ante la certeza de que dicha proposición no tenía muchos visos de prosperar, Brasil optó por su retirada⁵⁸. La Unión Soviética, como justificación de su negativa a que se insertase en la Declaración cualquier mención a la divinidad, señaló que es un hecho que “muchos hombres no creen en Dios y que la Declaración debe dirigirse al conjunto de la humanidad”⁵⁹. Muchas delegaciones criticaron esta secularización de la Declaración Universal, pero hay que admitir, con René Cassin, que “la Declaración no hubiera podido ser universal si se hubiera querido imponer una única doctrina oficial”⁶⁰. Asistimos así a la definitiva “desacralización” de los derechos humanos; “en un mundo en el cual no todos creen en el mismo Dios, y muchos ni siquiera creen en él, toda invocación divina desaparece. Se trata de un documento humano, hecho por los hombres y para ellos”⁶¹.

Debemos concluir, por lo tanto, con que no se puede encontrar en la Declaración Universal una única fundamentación filosófica, convirtiéndose los horrores acaecidos durante de la II Guerra Mundial en el “fundamento epistemológico de la Declaración”⁶². Ahora bien, como sostiene con acierto Sonia Picado, “el texto de la Declaración revela un resurgir de la tesis de que hay principios fundamentales, por encima de las discrepancias ideológicas, a los cuales deben orientarse los ordenamientos jurídico positivos de cada Estado”⁶³.

Otro aspecto destacable del preámbulo es la afirmación clara y rotunda de la *unidad de la familia humana*, unidad cuya base son, como no podía ser de otra forma, los derechos fundamentales de la persona humana. En este sentido, es el párrafo primero del preámbulo el que considera que “la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de *todos los miembros de la familia humana*” (la cursiva es nuestra). En este último inciso que hemos subrayado en cursiva se ven las pretensiones de universalidad de la Declaración de 1948. La Declaración trata de dirigirse y de reconocer los derechos humanos a “*todos los miembros de la familia humana*”, independientemente de su raza, religión, sexo, nacionalidad... Esta vocación de universalidad de la Declaración, que a sí misma se denomina “Universal”, viene confirmada por los artículos 1 y 2 de su parte dispositiva. Mientras que el artículo 1 señala que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...*”, el artículo 2.1 dispone que “*toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”.

Por otro lado, este mismo artículo 2 extiende el disfrute de los derechos proclamados en la Declaración a todos los países, sean éstos Estados independientes o estén sometidos a dominación colonial, contribuyendo así a reafirmar la clara apuesta por la universalidad llevada a cabo por la Declaración. Este pronunciamiento es muy importante, dado que al momento de proclamarse la Declaración todavía persistía un vasto imperio colonial, lo que ha sido calificado como un gran “contrasentido”⁶⁴, dado que, por

un lado, se proclaman los derechos humanos con vocación de universalidad y, por otro, se sigue manteniendo el imperio colonial por parte de algunos Estados⁶⁵. Es el párrafo 2º del artículo 2 el que establece que “no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

En relación con el *principio de no discriminación* proclamado tanto en el preámbulo como en los artículo 1 y 2 de la Declaración Universal, hay que poner de manifiesto el papel desempeñado por la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, creada, al igual que la Comisión de Derechos Humanos, en 1946⁶⁶, defendiendo en todo momento la inclusión en el texto de la Declaración de la perspectiva particular y específica de las mujeres. En este sentido, jugó un rol ciertamente encomiable la Presidenta de dicha Comisión, Mrs. Begtrup, logrando importantes mejoras en el texto final de Declaración.

Un logro importante fue que el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos volviese a reafirmar la fe en la “igualdad de derechos de hombres y mujeres”, tal y como se había establecido en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas. El artículo 1 de la Declaración, por su parte, resulta de una importancia excepcional desde el punto de vista de los derechos de las mujeres, dado que dispone que

todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Si he destacado en cursiva la expresión “todos los seres humanos” es porque fue una expresión que suscitó grandes controversias en las negociaciones conducentes a la aprobación de la Declaración Universal. Una de las propuestas iniciales para este artículo 1 utilizaba la expresión “todos los *hombres*”, lo que hubiese resultado nefasto desde el punto de vista de las mujeres y un mal comienzo para la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, dado que hubiese consagrado un

lenguaje de carácter sexista en el artículo que servía de encabezamiento a la Declaración Universal. Finalmente, ante las presiones de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer y de algunas delegaciones de los Estados más proclives a las reivindicaciones de las mujeres, como las de algunos países socialistas, se logró incluir la expresión que figura en el artículo 1 de la Declaración, que es mucho más respetuosa con la sensibilidad de la mitad de la humanidad⁶⁷.

Por su parte, el artículo 2 de la Declaración Universal se dedica a consagrar el principio de no discriminación. Este artículo 2, en su párrafo 1º, establece que

toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Como podemos comprobar, se produce una ampliación de las circunstancias en virtud de las cuales se prohíbe la discriminación en relación con el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas, que se refería a la no discriminación “por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

Otro triunfo del movimiento de mujeres fue la inclusión en todos los artículos de la Declaración Universal de expresiones tales como “toda persona”, “todo individuo”, “nadie”..., queriendo expresar así que en todos los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal debe jugar la no discriminación.

Existen, no obstante, algunas referencias en la Declaración Universal bastante negativas desde el prisma de los derechos de las mujeres. El artículo 23.4, en el contexto del reconocimiento del derecho al trabajo, dispone que “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, *así como a su familia*, una existencia conforme a la dignidad humana...” (la cursiva es nuestra). Esta disposición presupone que sólo existe un ingreso familiar derivado del trabajo, y que este ingreso es ganado, obviamente, por el hombre. Esta presunción es avalada por la versión inglesa de la Declaración Universal, que utiliza la expresión “his”, es decir, que quien tiene que sostener a la familia es el varón⁶⁸.

A pesar de estas referencias negativas para las mujeres en la Declaración, Johannes Morsink ha llegado a afirmar que “la historia interna del proceso de redacción y las luchas hasta alcanzar el producto final muestran que, desde el punto de vista de los derechos de la mujer, la Declaración Universal es un documento muy progresivo”⁶⁹. Esta visión tan optimista de la Declaración no es compartida, sin embargo, desde otras instancias. En opinión de determinadas autoras, la evolución de los derechos humanos, tanto a nivel interno como en la esfera internacional, ha estado presidida por un concepto *androcéntrico* de los derechos humanos, un concepto centrado en las experiencias y en las necesidades de los hombres que ha marginado la cosmovisión de las mujeres. En palabras de Carmen Magallón, “el androcentrismo es un rasgo definitorio de la tradición del pensamiento occidental y de los derechos humanos”⁷⁰. Además, la propia estructura de los derechos humanos, tal y como ha sido diseñada históricamente, es una estructura que no tiene en cuenta las necesidades de las mujeres en materia de derechos humanos. El propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos, todo el conjunto de normas jurídico-internacionales que tratan de proteger los derechos humanos, “se ha desarrollado para reflejar las experiencias de los hombres y excluir las de las mujeres”⁷¹. Una de las razones de esta marginación de las expectativas de las mujeres es que en los ámbitos en los que se crean las normas internacionales, los Estados y las Organizaciones Internacionales, “la invisibilidad de las mujeres es apabullante..., con muy pocas mujeres en puestos significativos”⁷², lo que contribuye a que acabe dominando una perspectiva masculina⁷³. En el propio proceso de elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es enormemente significativa la ausencia de mujeres en las delegaciones gubernamentales, a pesar del papel desempeñado por Eleanor Roosevelt.

En el preámbulo de la Declaración Universal asimismo figura una llamada de atención a los gravísimos atentados cometidos contra los derechos humanos a lo largo de la II Guerra Mundial, y que constituyen una de las circunstancias más importantes que llevaron a los vencedores de la contienda bélica a adoptar un compromiso serio y decidido en favor de los derechos humanos⁷⁴. Tal fue este compromiso que, como ya hemos visto en capítulos anteriores, en la Carta de la ONU

aparecen varias disposiciones que reafirman la fe de los pueblos de las Naciones Unidas en los derechos fundamentales. Es el párrafo 2º del preámbulo de la Declaración el que considera que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad...”. Lo cierto es que a partir de ahora la comunidad internacional es plenamente consciente de que si quiere que tales hechos no se vuelvan a repetir en la historia de la humanidad se debe volcar en la promoción, el estímulo y la protección efectiva de los derechos humanos de todas las personas. Por otro lado, hay que señalar que en este párrafo 2º del preámbulo se contienen, de una u otra forma, las cuatro libertades proclamadas por Franklin D. Roosevelt en su famoso discurso al Congreso Norteamericano en enero de 1941. Para el Presidente del *New Deal*, las libertades fundamentales de las que debe gozar todo ser humano se resumen en cuatro: libertad de palabra y pensamiento; libertad de religión; libertad ante la necesidad⁷⁵ y libertad ante el miedo. Pues bien, la filosofía contenida en el pensamiento de Roosevelt está expresada ya en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷⁶, cuando se afirma en él que lo que se pretende con el reconocimiento internacional de los derechos humanos es “el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”. Como vemos, nos encontramos en la antesala de la Declaración con una fiel transcripción de las cuatro libertades propugnadas por el Presidente norteamericano.

Otro de los aspectos en los que incide el preámbulo es la conexión entre lo que denomina *un régimen de Derecho* y la protección efectiva de los derechos humanos. Es decir, que la Declaración considera “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho”⁷⁷. En ningún momento se define en el preámbulo qué se considera un régimen de Derecho, pero si leemos atentamente los diferentes artículos de la Declaración Universal, podemos sacar algunas conclusiones en torno a lo que los redactores de la Declaración entendían por tal. Muchos de los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal ayudan a configurar este “régimen de Derecho”, entre los que podemos destacar la igualdad ante la ley (artículo 7), el derecho a un recurso efectivo

ante los tribunales (artículo 8), el derecho a la presunción de inocencia (artículo 11), el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión (artículo 18), el derecho a la libertad de opinión y expresión (artículo 19)... Todos ellos son la base de lo que se conoce actualmente como el Estado democrático de Derecho, requisito indispensable para una protección efectiva de los derechos humanos. Tal es así que, como reconoce el propio párrafo 3º del preámbulo, es necesaria la protección de los derechos humanos dentro de un régimen de Derecho "a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". Como podemos observar, en el preámbulo se está dando entrada, por influjo de los países socialistas, al derecho a la rebelión ante regímenes que no son respetuosos con los derechos humanos. Sin embargo, en la parte dispositiva de la Declaración no volvemos a encontrar ninguna otra referencia a este controvertido derecho, por lo que dicho derecho queda, en cierta medida, minimizado, tal y como querían los países occidentales⁷⁸. Este es otro de los contrastes de la Declaración Universal con las Declaraciones clásicas de derechos, en las que figuraban pronunciamientos importantes en favor del derecho a la resistencia⁷⁹. A pesar de estos reconocimientos tan rotundos del derecho de resistencia en las primeras Declaraciones de derechos humanos, lo cierto es que este derecho ha ido perdiendo importancia y se ha ido diluyendo a medida que ha ido evolucionando la teoría de los derechos humanos. Buena muestra de ello es el debate que se produjo en torno a este derecho en el momento en que se estaba discutiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Varias delegaciones, entre las que podemos destacar la cubana, la chilena o la francesa, proponían la inclusión del derecho de resistencia a la opresión como un derecho separado en la parte dispositiva de la Declaración Universal, es decir, querían que se consagrara un artículo específico al reconocimiento de dicho derecho. Esta postura recibió un fuerte apoyo por parte de la Unión Soviética, para quien era esencial reconocer un derecho que ya formaba parte de la Declaración de Derechos del Pueblo Soviético y que podría prevenir regímenes absolutamente contrarios a los derechos humanos como el régimen de la Alemania nazi o el de la España de Franco (el delegado de la URSS, el Sr. Demchenko, se refirió expresamente al régimen franquista como uno de los ejemplos en los cuales cabría invocar

legítimamente el derecho de resistencia). La postura contraria respecto de este controvertido derecho era defendida por países como Gran Bretaña, Estados Unidos, Bélgica o Australia, todos ellos muy críticos ante una eventual inclusión del derecho de resistencia como un derecho autónomo dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Para Gran Bretaña, la entrada de este derecho en la Declaración Universal sería un paso "inoportuno y peligroso... que podría incitar a la anarquía", cuando, en su opinión, "métodos democráticos no revolucionarios deberían ser suficientes para acabar con la tiranía y la opresión". Una postura muy similar era mantenida por Eleanor Roosevelt, delegada norteamericana, para quien "sería poco inteligente legalizar el derecho a la rebelión, dado que podría ser invocado por grupos subversivos que quieren atacar o minar gobiernos genuinamente democráticos". En cambio, para la delegación americana "una rebelión honesta contra una tiranía debería estar permitida por la Declaración Universal". Como vemos, Estados Unidos y Gran Bretaña objetaban la inclusión del derecho de resistencia como derecho autónomo, pero lo llegaban a admitir como principio general. Para Ernest Davies, representante británico en la Comisión que estaba negociando el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la resistencia frente a la opresión no se podía considerar como un auténtico derecho pero sí como un "último recurso" frente a un gobierno tiránico y opresor. Finalmente, ante la evidente falta de consenso sobre un tema problemático y con inevitables ramificaciones políticas, se decidió incluir este derecho en el Preámbulo de la Declaración y no en la parte sustantiva de la misma, lo que suponía una clara rebaja del contenido jurídico y programático del derecho de resistencia. Además, en el párrafo 3º del Preámbulo no se efectúa un reconocimiento directo del derecho de resistencia, sino que se efectúa dicho reconocimiento de una manera indirecta. El Preámbulo considera "esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". Como podemos comprobar, no se configura el derecho de resistencia como un auténtico derecho humano del que disfruta todo ser humano, sino que se expresa, tal y como quería la delegación británica, como una especie de "último recurso" ("supremo recurso" es la expresión que utiliza

el Preámbulo, en una deficiente traducción de la versión francesa) frente a un régimen tiránico y opresor. Lo que queda bastante claro es que la mayor parte de los Estados presentes en las discusiones en torno a la Declaración Universal de 1948 no eran muy partidarios de un amplio reconocimiento del derecho de resistencia, por lo que al final triunfaron las posturas que querían ver disminuido el alcance de este derecho.

Un apartado crucial del preámbulo es su párrafo 5º, que subraya que "... los pueblos de las Naciones Unidas... se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad"⁸⁰. Como podemos comprobar, se vincula de una forma clara y rotunda el progreso social con los derechos humanos. Es decir, para que se produzca un disfrute real y efectivo de los derechos humanos es absolutamente necesario el progreso y el desarrollo tanto en lo económico como en lo social. Es por ello que el preámbulo aboga por un *concepto más amplio de la libertad*, es decir, la libertad ya no se entiende en su mera acepción de libertad formal, sino que debe incluir una mejora en las condiciones de vida de las personas. Para defender la dignidad humana va a ser imprescindible defender tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, derechos estos últimos que han sido reconocidos por primera vez en el ámbito internacional por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es este hecho el que ha motivado que Philip Alston haya señalado que en lo que respecta al contenido de la Declaración nos encontramos ante un "contenido revolucionario"⁸¹. Y es que no podemos olvidar que "toda reflexión sobre la eficacia de un sistema jurídico de promoción y protección de los derechos humanos debe partir de la consideración de que la realidad de estos derechos está determinada por las condiciones económicas, sociales y culturales. En un mundo caracterizado por la miseria, la enfermedad, la explotación y la injusticia, podrán existir los derechos humanos según el orden normativo vigente, pero no serán una verdad real si no se dan determinadas condiciones económicas y sociales"⁸². En una palabra, ya desde el mismo preámbulo se está avanzando el novedoso concepto de la *indivisibilidad e interdependencia* de las dos categorías de derechos humanos, los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, concepto que abordaremos en una fase posterior de este estudio.

Por último, el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en su inciso final que "una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso" (se refiere al compromiso, asumido en el párrafo 6º del preámbulo, de "asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre", lo que nos recuerda indudablemente a los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas). Este párrafo final reitera una vez más el llamamiento a la universalidad de los derechos humanos, a la importancia esencial de lograr una concepción de los derechos humanos y de las libertades que sea compartida por los diferentes pueblos y culturas que pueblan el planeta. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas, al proclamar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la define como el "ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse...", señalando asimismo la importancia de la "enseñanza y la educación" para la promoción y el estímulo de una verdadera cultura de los derechos humanos. Con este último pronunciamiento se está llamando la atención sobre la enorme relevancia que para la consecución de ese "ideal común" del que habla la Asamblea General cobra la *Educación en Derechos Humanos*⁸³. Es una responsabilidad de todos, instituciones públicas y privadas, Universidades, Institutos de Derechos Humanos, medios de comunicación, personas a título particular... el que esa cultura de los derechos humanos se instale definitivamente entre nosotros y nosotras.

3. CONCLUSIONES

Tras este pormenorizado estudio en torno a la génesis y a los principales elementos del contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos, una de las principales conclusiones a las que hemos llegado es que nos encontramos ante un documento que es hijo de su tiempo, es decir, está indisolublemente unido a los avatares que habían acaecido durante la Segunda Guerra Mundial, aspecto éste que se ve reflejado en diversos pasajes tanto del preámbulo como del texto sustantivo de la Declaración. La Declaración Universal supuso tan sólo el primer paso y el punto de partida para un vasto proceso de internacionalización

de los derechos humanos, proceso en el cual las Naciones Unidas han desempeñado un papel fundamental, con la aprobación de una amplísima gama de instrumentos dirigidos a desarrollar las disposiciones a veces vagas y genéricas contenidas en la Declaración Universal. En este sentido, hay que interpretar las diferentes disposiciones de la Declaración de una manera dinámica, a la luz de los tratados internacionales y otros instrumentos de los que se ha dotado con posterioridad la comunidad internacional.

Por otro lado, la Declaración, como no podía ser de otra forma, fue fruto del consenso. El contenido final de este texto refleja un compromiso y un delicado equilibrio entre

las diferentes ideologías y las diferentes cosmovisiones que estaban presentes en esos momentos en las Naciones Unidas. Al hilo de esta reflexión, hay que señalar que la Declaración Universal se convirtió en un instrumento revolucionario, dado que constituyó el primer texto de carácter internacional que lograba integrar en su seno tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, avanzando así el concepto de la indivisibilidad e interdependencia del conjunto de los derechos humanos. Todos los derechos eran indispensables para la protección de la dignidad del ser humano, el fundamento último de los derechos consagrados en la Declaración Universal.

NOTAS

- * Este texto es una actualización del siguiente artículo, GÓMEZ ISA, F.: "La Declaración Universal de Derechos Humanos: Algunas reflexiones en torno a su génesis y a su contenido", en *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su Cincuenta Aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 17-92.
1. Cfr. al respecto *Le Monde Antique et les Droits de l'Homme*, Actes de la 50e Session de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'histoire des Droits de l'Antiquité, Bruxelles, 16-19 septembre 1996, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1998. Una visión crítica del reconocimiento que los derechos humanos han tenido históricamente se puede encontrar en CLAVERO, B.: *Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2014.
 2. HANKE, L.: *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1949.
 3. BURGERS, J.H.: "The Road to San Francisco: the Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century", *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, 1992, p. 448. En cambio, para Manfred Nowak, el reconocimiento que de los derechos humanos se efectúa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos "sólo se puede entender completamente como reacción a las atrocidades cometidas por el Gobierno nazi y su ataque absoluto a los derechos humanos y a la dignidad humana", NOWAK, M.: "The Significance of the Universal Declaration 40 years after its adoption", en *The Universal Declaration of Human Rights: Its Significance in 1988*, Report of the Maastricht/Utrecht Workshop held from 8 to 10 december 1988 on the occasion of the 40th Anniversary of the Universal Declaration, p. 67.
 4. JHABVALA, F.: "The Drafting of the Human Rights Provisions of the UN Charter", *Netherlands International Law Review*, Vol. XLIV, 1997, p. 4.
 5. SAMNOY, A.: *Human Rights as International Consensus. The Making of the Universal Declaration of Human Rights, 1945-1948*, CHR. Michelsen Institute, Bergen-Norway, 1993, p. 15.
 6. En la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz, Conferencia de Chapultepec (México, marzo de 1945), los Estados latinoamericanos declararon que la futura Organización de las Naciones Unidas debería asumir la responsabilidad en cuanto a la protección internacional de los derechos humanos mediante un catálogo de derechos y deberes en una Declaración que adoptaría la forma de una Convención. Cfr. al respecto GARCIA BAUER, C.: *Los Derechos Humanos Preocupación Universal*, Editorial Universitaria, Guatemala, 1960, en particular pp. 25 y ss., cuando analiza el surgimiento de los derechos humanos en el ámbito latinoamericano.
 7. Esta Declaración había sido elaborada por juristas de 24 países latinoamericanos entre 1942 y 1944 bajo los auspicios del Instituto de Derecho Americano.
 8. JHABVALA, F.: "The Drafting of the Human Rights Provisions...", op. cit., p. 11.
 9. BURGERS, J.H.: "The Road to San Francisco...", op. cit., p. 475.
 10. HUMPHREY, J.P.: *Human Rights & United Nations: A Great Adventure*, Transnational Publishers, New York, 1984, p. 13.
 11. La propuesta reza de la siguiente forma: "El Comité recibió la idea de una Declaración de Derechos Humanos con simpatía, pero decidió que la presente Conferencia, ante la ausencia de tiempo, no podía proceder a redactar dicha Declaración. La Organización, una vez formada, podría proceder mejor a considerar la sugerencia y a llevarla a cabo... El Comité recomienda que la Asamblea General considere esta propuesta y la lleve a efecto", citado en JHABVALA, F.: "The Drafting...", op. cit., p. 13.
 12. COT, J-P. et PELLET, A.: "Préambule", en COT, J-P. et PELLET, A. (sous la direction de): *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1985, p. 7.
 13. Los avatares de todas estas discusiones se encuentran en SAMNOY, A.: *Human Rights as International Consensus...*, op. cit., pp. 19 y ss.
 14. Un análisis sugerente sobre la inclusión del principio de la libre determinación de los pueblos en la Carta de las Naciones Unidas en DOEHRING, K.: "The Right of Self-Determination as Expressly Mentioned in the United Nations Charter", en SIMMA, B.

- (Ed.): *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 56-72.
15. Como señala este artículo 13.1.b de la Carta de las Naciones Unidas, "la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para (...) ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".
 16. Según lo dispuesto en el artículo 62.2, "el Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades".
 17. MARIE, J-B. et QUESTIAUX, N.: "Article 55: alinea c", en COT, J-P. et PELLET, A. (sous la direction de): *La Charte des Nations Unies...*, op. cit., pp. 870 y ss. Asimismo, una exposición detallada de los principales desarrollos tanto normativos como institucionales que en la esfera de los derechos humanos se han producido en el ámbito de las Naciones Unidas se puede consultar en ALSTON, P.: *The United Nations and Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
 18. GANJI, M.: *International Protection of Human Rights*, Librairie E. Droz, Geneve-Librairie Minard, Paris, pp. 133 y ss.; CASSIN, R.: "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1951-II, p. 253.
 19. MARIE, J-B. et QUESTIAUX, N.: "Article 55: alinea c", op. cit., p. 870.
 20. JHABVALA, F.: "The Drafting of the Human Rights Provisions of the United Nations Charter", op. cit., p. 2.
 21. Una reflexión sobre las vicisitudes y contenido de este artículo en PARTSCH, K-F: "Article 68", en SIMMA, B. (Ed.): *The Charter of the United Nations...*, op. cit., pp. 875-892.
 22. Cfr. en este sentido, SAMNOY, A.: *Human Rights as International Consensus...*, op. cit., pp. 23 y ss.
 23. HUMPHREY, J.P.: *Human Rights & United Nations...*, op. cit., p. 13.
 24. Debemos tener en cuenta que, unos meses antes que la Declaración Universal, en el ámbito interamericano se había aprobado en la IX Conferencia Internacional Americana la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (2 de mayo de 1948), Declaración que ejerció una cierta influencia en la Declaración Universal.
 25. BUERGENTHAL, T.: *International Human Rights in a nutshell*, West Publishing Co., Minnesota, 1988, pp. 25 y 26.
 26. CASSIN, R.: "La Déclaration Universelle...", op. cit., p. 267.
 27. Citado en CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 42.
 28. De todas formas, parecen existir claras evidencias de que la postura personal de Eleanor Roosevelt era más abierta de lo que indican los discursos en los que defiende la postura oficial del Gobierno norteamericano. En concreto, Mrs. Roosevelt se mostró enormemente crítica con la discriminación racial en su país, lo que, según ella, le hacía sentir vergüenza en las Conferencias Internacionales a las que asistía. Sobre la gran influencia de Mrs. Roosevelt en la Declaración Universal consultar JOHNSON, M.G.: "The Contributions of Eleanor and Franklin Roosevelt to the Development of International Protection for Human Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, 1987, pp. 27 y ss. Asimismo ver MOWER, A.G.: *The United States, the United Nations and Human Rights: the Eleanor Roosevelt and Jimmy Carter Eras*, Westport, Greenwood Press, 1979.
 29. CASSESE, A.: *Los derechos humanos...*, op. cit., p. 53.
 30. DE CASTRO CID, B.: "La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Balance en un Aniversario", en *Los derechos humanos cuarenta años después: 1948-1988*, Universidad Internacional del Atlántico, Santiago de Compostela, 1990, p. 78.
 31. Debemos observar que, desde entonces, el 10 de diciembre se ha convertido en el *Día Internacional de los Derechos Humanos*.
 32. Honduras y Yemen no estuvieron presentes en la votación final, por lo que sus votos no se contabilizaron.
 33. Es significativo el cambio radical que en torno a los derechos humanos se produjo en Estados Unidos con la Administración Eisenhower a partir de 1950, volviendo al "aislacionismo" cíclico en el que incurren los Estados Unidos en éste y otros temas. Al respecto, JOHNSON, M.G.: "The Contributions of Eleanor and Franklin Roosevelt...", op. cit., p. 46.

- 184

- Humanos*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1989, p. 177.
52. MORSINK, J.: "The Philosophy of the Universal Declaration", *Human Rights Quarterly*, Vol. 6, 1984, p. 333.
 53. Es importante en este sentido traer aquí a colación el artículo 2 de la *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (26 de agosto de 1789). Según esta disposición, "la meta de toda asociación política es la conservación de los *derechos naturales* e imprescriptibles del hombre..." (la cursiva es nuestra). Del mismo tenor es el artículo 1 de la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia* (12 de junio de 1776) en el que se establece que "todos los hombres son *por naturaleza* igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto...". El texto de estas dos importantes Declaraciones figura en PECES-BARBA, G. (Dir.): *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987.
 54. Tal y como señala el primer párrafo de su preámbulo, "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están *por naturaleza* de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros" (la cursiva es nuestra). Esta disposición es prácticamente idéntica al artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, salvo que en la Declaración Americana se efectúa una mención explícita a la naturaleza, aspecto absolutamente ausente en la Declaración Universal. Como ha señalado Gros Espiell a este respecto, "la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se inscribe en un proceso histórico americano en el que el ser humano es titular de derechos consustanciales con su naturaleza, inalienables e imprescriptibles...", en GROS ESPIELL, H.: "La Declaración Americana: raíces conceptuales y políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° Especial, 1989, p. 42.
 55. Citado en SAMNOY, A.: *Human Rights as International Consensus...*, op. cit., p. 100.
 56. En la *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* la Asamblea Nacional reconoce y declara los derechos humanos "en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo". A su vez, la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia* se refiere en su artículo 16 a "los deberes que tenemos para con nuestro Creador".
 57. Las vicisitudes de estas discusiones, con las diferentes opiniones al respecto, se pueden consultar en DE LA CHAPPELLE, P.: *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le Catholicisme*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967, p. 88.
 58. Para las opiniones de la URSS en torno a este tema *cfr.* VERDOOT, A.: *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme...*, op. cit., p. 276.
 59. CASSIN, R.: "La Déclaration Universelle...", op. cit., p. 284.
 60. GUTIÉRREZ, C.J.: "El Preámbulo de la Declaración Universal", en ASOCIACION COSTARRICENSE PRO-NACIONES UNIDAS: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentarios y Texto*, Ediciones Juricentro, San José, 1979, p. 19.
 61. MORSINK, J.: "World War Two and the Universal Declaration", op. cit., p. 358.
 62. PICADO SOTELO DE OREAMUNO, S.: "Artículo 2", en ASOCIACION COSTARRICENSE PRO-NACIONES UNIDAS: *La Declaración Universal...*, op. cit., p. 27.
 63. CLAVERO, B.: "De los ecos a las voces, de las leyes indigenistas a los derechos indígenas", en *Derechos de los Pueblos Indígenas*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 37.
 64. Este contrasentido se solventó, en parte, en 1960 con la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, resolución 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960. En esta Declaración, además de proclamar por primera vez el derecho de libre determinación de los pueblos, la Asamblea General sostiene que "la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales...".
 65. John P. Humphrey ha destacado el lobby en favor de los derechos de las mujeres llevado a cabo por esta Comisión. En su opinión, "no había un órgano más independiente en las Naciones Unidas", en HUMPHREY, J.P.: *Human Rights & United Nations: A Great Adventure*, op. cit., p. 30.

66. Los avatares de todas estas discusiones y negociaciones se pueden consultar en MORSINK, J.: "Women's Rights in the Universal Declaration", *Human Rights Quarterly*, Vol. 13, 1991, pp. 233 y ss.
67. Esta misma lógica está presente en el artículo 25 de la Declaración, al proclamar el derecho a un nivel de vida adecuado.
68. MORSINK, J.: "Women's Rights...", op. cit., p. 255.
69. MAGALLON, C.: "Los derechos humanos desde el género", en CENTRO PIGNATELLI (Ed.): *Los derechos humanos, camino hacia la paz*, Diputación General de Aragón-Seminario de Investigación para la Paz, Zaragoza, 1997, p. 259.
70. CHARLESWORTH, H.: "Human Rights, Men's Rights", en PETERS, J. and WOLPER, A. (Eds.): *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995, p. 103.
71. CHARLESWORTH, H.: "Human Rights as Men's Rights"..., op. cit., p. 104. Esta autora proporciona datos de cuál es la representación femenina en diferentes órganos de derechos humanos, datos que son bastante reveladores de la discriminación que se produce. En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sólo cuenta con una mujer de los 18 miembros de que consta; el Comité de Derechos Humanos cuenta con tres mujeres de 18 miembros; en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se sientan dos mujeres de un total de 18 miembros; el Comité contra la Tortura, con dos mujeres de un total de 10 miembros.
72. FREEMAN, M.A. and FRASER, A.S.: "Women's Human Rights: Making the Theory a Reality", en HENKIN, L. and HARGROVE, J.L. (Eds.): *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, The American Society of International Law, Washington, D.C., 1994, p. 104.
73. Sobre cómo influyeron los hechos acaecidos durante la II Guerra Mundial en el surgimiento de una clara conciencia en torno al respeto de los derechos humanos *cfr.* BUERGENTHAL, T.: *International Human Rights in a nutshell*, West Publishing Co., Minnesota, 1988, pp. 17 y ss.
74. Por "libertad ante la necesidad" Roosevelt se estaba refiriendo a lo que se conoce como los derechos económicos, sociales y culturales, de los que fue un gran impulsor, contribuyendo así a la ampliación del concepto tradicional de los derechos humanos en Estados Unidos. *Cfr.* en este sentido JOHNSON, M.G.: "The Contributions of Eleanor and Franklin Roosevelt...", op. cit., pp. 20 y ss.
75. *Cfr.* al respecto EIDE, A.: "The Universal Declaration in Space and Time", en *Human Rights in a Pluralist World. Individuals and Collectivities*, UNESCO-Roosevelt Study Center, Meckler, Westport, 1990, p. 16.
76. Párrafo 3º del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
77. Sobre los avatares y los diferentes puntos de vista y discusiones en torno a este derecho a la rebelión ver CASSESE, A.: *Los derechos humanos...*, op. cit., pp. 44 y ss.
78. Por poner tan sólo un ejemplo, la *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, al enumerar cuáles son los derechos básicos, cita expresamente "la resistencia a la opresión". Es el artículo 2 el que dispone que "la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".
79. Como vimos en su momento, idéntico pronunciamiento figura en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.
80. ALSTON, P.: "The Fortieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights: A Time More for Reflection than for Celebration", en *Human Rights in a Pluralist World. Individuals and Collectivities...*, op. cit., p. 1.
81. GROS ESPIELL, H.: *Estudios sobre Derechos Humanos II...*, op. cit., p. 254.
82. VERDOOT, A.: "Genèse et Expansion de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Role de René Cassin", en *Recueil des Cours*, Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, 1998, p. 95. Como ha señalado la propia Asamblea General en la convocatoria del *Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos*, dicha educación "debe constituir un proceso integral que se prolongue toda la vida mediante el cual las personas de todos los niveles de desarrollo y de todos los estratos de la sociedad aprendan a respetar la dignidad del prójimo y cuáles son los medios y mecanismos de velar por ese respeto en todas las sociedades", Resolución 49/184, de 23 de diciembre de 1994.

VIOLENCIA Y POBREZA EN LA SOCIEDAD ACTUAL

.....

Jaime Ruiz de Santiago

Ex funcionario del ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados);
Estudió en la Facultad de Filosofía de la Universidad Iberoamericana y en el Instituto Católico de París.

RESUMEN

La violencia se presenta como un fenómeno constante e inquietante. Por lo que sabemos, existe desde los tiempos más remotos de la humanidad y se presenta como fácil tentación en la vida del hombre en sociedad. Su realidad ha dado lugar a diversos estudios, que la han considerado tanto desde el punto de vista de la etnología (comparación del fenómeno de la violencia en el mundo humano y en las conductas animales), de la filosofía política, del derecho, de la filosofía o de la misma religión.

Las reflexiones siguientes tratarán de establecer algunas consideraciones desde el punto de vista de la filosofía política, de la antropología, de la moral, del derecho y desde el punto de la doctrina social cristiana.

Palabras Clave

Violencia; pobreza; filosofía política; antropología; derecho constitucional; derecho internacional; doctrina social cristiana; sociedad actual.

A) Posición de la Filosofía Política y de la Antropología

Desde la primera de estas consideraciones, la filosofía política, las reflexiones han sido intensas a causa de ese siglo XX, tan lleno de manifestaciones violentas: éstas se iniciaron con la Primera Guerra Mundial para continuar con fenómenos tan graves como la revolución rusa, la caída del imperio otomano, la guerra acaecida entre Grecia y Turquía, la sangrienta guerra civil española, la vorágine de la Segunda guerra mundial con su dramática coronación representada por el Holocausto efectuado en los diferentes campos de exterminio y por la explosión de la mortífera bomba de hidrógeno en Hiroshima. Esto sin olvidar la revolución mexicana en nuestro continente y los diferentes regímenes militares que se ejercieron tan

violentamente en diferentes países que ahí aparecieron. La guerra “caliente” dejó su lugar a la llamada “guerra fría” que, con capítulos tan graves como la crisis de los misiles, condujo al mundo al borde de una nueva guerra mundial. Es curioso y paradójico recordar que esa crisis en las aguas del Atlántico coexistió con ese fenómeno tan importante para la Iglesia Católica como lo fue el Concilio Ecuménico Vaticano II: ambos eventos se presentaron en el mes de octubre de 1962. Pero la violencia continuó en el mundo: la guerra de Vietnam, la revolución china, el enorme genocidio realizado en Camboya por los Khmer Rojos que redujo la población en casi tres millones de habitantes y que ejerció sus acciones también contra la población vietnamita, la violencia desatada en la región de la Grandes Lagos de África que enfrentó a los hutus con los tutsis. Uno no puede olvidar la conflagración que se hizo presente en América Central en países como El Salvador, Nicaragua y Guatemala y que produjo miles de personas desplazadas y refugiadas (sin olvidar que, a causa de tales eventos, México llegó a recibir a más de 50,000 personas refugiadas). Se realizó así aquella predicción hecha por Lenin según la cual el siglo XX habría de ser una época de guerras y revoluciones.

Este siglo XX habría de cerrarse con la violencia en plena Europa, continente que, tras la Segunda Guerra Mundial, pensaba que nunca más volvería a presentar semejante fenómeno en sus tierras. Pero en 1992 el presidente de Yugoslavia, de origen serbio y antiguo comunista convertido en nacionalista, alentó a los serbiobosnios a organizar milicias armadas encaminadas a hacerse con el poder en los territorios de Bosnia-Herzegovina. Poco después los serbiobosnios crearon un ejército de más de cien mil hombres y la guerra desatada provocó de inmediato grandes desplazamientos de población, éxodos como no se conocían en Europa desde los días del nazismo, genocidios locales y apertura de campos de concentración.

Es en este cuadro desolador que han aparecido diversas reflexiones acerca del fenómeno de la violencia, llevadas a cabo desde diferentes perspectivas. Detengámonos en algunas de ellas:

desde el punto de vista de la filosofía política, Hannah Arendt, discípula de Martín Heidegger y famosa por aquel escrito de "Eichmann en Jerusalén", es autora de un pequeño libro cuyo título es precisamente: "Sobre la violencia"¹. En él recuerda que la violencia en nuestros tiempos posee una característica particular: "Otro factor – dice- en la actual situación, aunque no previsto por nadie, resulta por lo menos de igual importancia. El desarrollo técnico de los medios de la violencia ha alcanzado el grado en que ningún objetivo político puede corresponder concebiblemente a su potencial destructivo o justificar su empleo en un conflicto armado. Por eso, la actividad bélica -desde tiempo inmemorial árbitro definitivo e implacable en las disputas internacionales- ha perdido mucho de su eficacia y casi todo su atractivo"². Por ello el día de hoy "la victoria" resultado de un conflicto bélico sólo puede significar la eliminación de ambos contendientes.

La tecnología, dice esta autora, ha transformado la naturaleza de la guerra como medio de solución de controversias entre países y hoy existe la convicción de que el único resultado realista del uso de la violencia sólo puede ser la disuasión. Ninguno otro puede ser el fruto del uso de armas nucleares.

En la reflexión de Hannah Arendt aquello que más se presta a la aparición de la violencia es un Estado en donde las responsabilidades de los sujetos individuales desaparecen y se crea un sistema burocrático que inunda y pervierte las relaciones humanas. Por ello "cuanto más grande sea la burocratización de la vida pública, mayor será la atracción de la violencia"³.

La violencia, afirma esta autora, se debe distinguir del terror: "Cuanto más grande sea la burocratización de la vida pública, mayor será la atracción de la violencia; terror no es lo mismo que la violencia; es, más bien, la forma de gobierno que llega a existir cuando la violencia, tras haber destruido todo poder, no abdica sino que, por el contrario, sigue ejerciendo un completo control. Se ha advertido a menudo que la eficacia del terror depende enteramente del grado de atomización social. Todo tipo de

oposición organizada ha de desaparecer antes de que pueda desencadenarse con toda su fuerza el terror (...) El clímax del terror se alcanza cuando el Estado policial comienza a devorar a sus propios hijos, cuando el ejecutor de ayer se convierte en la víctima de hoy"⁴.

La autora observa, sin embargo, que la violencia puede ser "justificable" pero no "legítima" cuando responde a un peligro próximo y actual: tal es el caso de la violencia que surge en la legítima defensa. Pero, mientras más se aleja la amenaza, la justificación de la violencia pierde plausibilidad.

Ha sido René Girard quien mejor ha estudiado el problema de la violencia desde el punto de vista de la antropología. Según este autor la institución primordial de la cultura humana es el sacrificio, fundado este en conductas miméticas que se resuelven a través del fenómeno del chivo expiatorio.

Ello descansa sostiene este autor en el hecho de que los seres humanos son competitivos, porque desean las mismas cosas, lo que explica que las dinámicas sociales están tejidas de represalias, venganzas, el deseo de devolver "ojo por ojo y diente por diente". Al ser "mimética" la conducta humana, tiende a un tipo de conflicto interno, recíproco y potencialmente interminable (se trata de "la espiral de violencia", a la cual se refería Dom Hélder Cámara), que crea círculos viciosos de violencia a los que ningún sistema "judicial" puede frenar. "He aquí por qué la mitología, y sobre todo los mitos de origen, comienzan narrando siempre una crisis, una crisis en las relaciones humanas, que muchas veces se interpretan como una 'plaga', como una 'peste'. Esta crisis concluye habitualmente como una alteración repentina de la unidad mimética, por lo que la violencia de la comunidad, la violencia colectiva, se polariza sobre una sola víctima, elegida por razones arbitrarias: mediante su asesinato se restablece el orden social"⁵.

Esta víctima, verdadero chivo expiatorio, es considerada siempre culpable por el grupo en el cual aparece. De manera ilusoria y colectiva, el grupo social condena al chivo expiatorio considerándolo culpable de las acciones que se le atribuyen. Al sacrificarse al chivo expiatorio vuelve momentáneamente la tranquilidad y entonces se diviniza al chivo

permanece como el engaño de los fenómenos de chivo expiatorio. Lo bíblico devela su mentira al revelar la inocencia de las víctimas...En realidad, lo mítico y lo bíblico difieren radicalmente porque lo bíblico rompe por primera vez con la mentira cultural por excelencia, hasta entonces oculta, de los fenómenos de chivo expiatorio sobre los cuales se ha fundado la cultura humana"¹³.

La conclusión que emerge de lo anterior es clara: "La pequeña minoría evangélica no sólo mostrará a los hombres la inocencia absoluta de esa víctima excepcional que es Jesús, sino la inocencia relativa, la no-pertinencia de todos los chivos expiatorios de la historia de la humanidad. Esta voz, incluso mal comprendida, incluso deformada, ha destruido para siempre la credibilidad de las religiones míticas y ha desencadenado la revolución cultural más importante de la historia de la humanidad. Ahí donde se implanta el Evangelio, los sacrificios se debilitan y desaparecen, ya no puede surgir ninguna religión arcaica nueva"¹⁴.

Mientras los mitos presentan una única víctima siempre culpable, sacrificada por una multitud siempre inocente, las narraciones bíblicas y sobre todo las evangélicas, presentan una verdad que ha sido invertida por los mitos. "Es la razón por la cual los Evangelios definen el mundo humano como el reino de Satanás, el acusador, aquel que hace condenar a víctimas inocentes"¹⁵.

"El judaísmo y el cristianismo son radicalmente diferentes de los mitos porque son los únicos que revelan un fenómeno que los mitos ni siquiera sospechan, no porque les sea ajeno, sino porque están íntimamente unidos a él. Lo bíblico y la evangélico privan lentamente a la humanidad de sus últimas muletas sacrificiales; nos enfrentan a nuestra propia violencia"¹⁶.

De ahí que "el error colosal de Nietzsche" haya sido precisamente el no haber percibido la naturaleza inconsciente del fenómeno llamado de chivo expiatorio: "Son las religiones sacrificiales las que encarnan la esclavitud en todas sus formas, mientras que lo bíblico y lo cristiano conquistan una verdad y una virtud de la cual los hombres pueden hacer un pésimo uso, es cierto, pero que los libra para siempre de la influencia mitológica"¹⁷.

El cristianismo señala el error esencial de todo relato mitológico: el chivo expiatorio, la víctima del sacrificio, es inocente. Por ello los pobres, los olvidados, los descartados por la sociedad,

las víctimas fatales de la sociedad, los seres humanos perseguidos y obligados a movimientos migratorios forzosos, los extranjeros que se convierten en chivos expiatorios de multitudes manipuladas por políticos inmorales y por medios de comunicación deshonestos, todos ellos son inocentes y hacen presente la violencia brutal que nace de fenómenos miméticos siempre actuales.

En la medida en que las sociedades rechazan el mensaje aportado por el judeo cristianismo (lo que sucedió claramente en el nacional socialismo) o en que este se diluye (lo que acontece en cada vez más amplias regiones secularizadas), los chivos expiatorios son considerados como los culpables de los males que se padecen. Y así se requiere su sacrificio y con ello reaparece la terrible realidad de la violencia.

Es fácil recordar que Albert Camus, en esa obra intitulada "La Caída"¹⁸, hace patente la culpabilidad en la cual se encuentra sumergido el hombre contemporáneo, y su anhelo radical por hallar a quien, al ser en verdad inocente, pueda ayudar a la recuperación de la inocencia perdida. Pues se trata finalmente de la redención que requiere el hombre contemporáneo y de la salvación de esa caída en la cual se encuentra.

B) Posición del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional

Desde el punto de vista del Derecho, sobre todo del Derecho Constitucional, lo que se plantea se refiere al problema de saber si existe un Derecho *de* la revolución, a lo que se responde negativamente: el vivir en sociedad implica que las personas individuales sacrifican el derecho a acciones vindicativas, es decir, del derecho a "hacer justicia por su propia mano", pues ésta es una de las tareas fundamentales del Estado. Este debe asegurar la adecuada protección de las personas que lo constituyen: si éste sufre una afrenta, una violación de sus derechos, debe tener la posibilidad de pedir la acción del Estado para que éste "deshaga" la afrenta y repare el derecho violado. En este sentido no se puede decir que las personas conserven un derecho *de* actuar violentamente, un derecho *de* la revolución. Pero, por el contrario, siempre existe un derecho *a* la revolución, cuando las condiciones creadas y posiblemente actuadas por el Estado son de injusticia evidente. En lugar de que el Estado sea la realidad protectora de las personas, de los derechos individuales, se convierte en el gran agresor, en

el agente propulsor de estructuras y de acciones violentas. Es lo que se formula con claridad en el *Acta de independencia de los Estados Unidos de 1776*, que dice: “ Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo objetivo, demuestra el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, tiene el derecho, tiene el deber, de derrocar ese gobierno y establecer nuevas garantías para su futura seguridad”. El mismo documento observa, pocas líneas antes, que “la prudencia, claro está, aconsejará que no se cambie por motivos leves y transitorios gobiernos de antiguo establecidos; y, en efecto, toda la experiencia ha demostrado que la humanidad está más dispuesta a padecer, mientras los males sean tolerables, que a hacerse justicia aboliendo las formas a que está acostumbrada.”

Ello significa que, si finalidad esencial de todo gobierno es la consecución del bien común, el hecho de que pierda esto de vista o de que, peor aún, comience a actuar en contra de ello (y una violación sistemática y grave de los derechos humanos de las personas que lo constituyen revelaría esta terrible realidad), ello posibilita el último y supremo recurso a la violencia por parte de los ciudadanos precisamente en contra del gobierno. Naturalmente esto implica una decisión prudencial, siempre grave, por parte de los agraviados, quienes deben sentirse, además, imposibilitados a seguir las vías normales establecidas por el Derecho para el restablecimiento de los derechos violados. Una situación grave de no cumplimiento por parte del Estado de su tarea fundamental de realización del bien común, posibilita más cada día que pasa, la aparición de acciones violentas por parte de los ciudadanos.

Igualmente, y es lo que hace notar Hannah Arendt, el recurso a la violencia se torna “justificable” en el caso de la legítima defensa.

Esto vale asimismo en el Derecho Internacional. La normativa jurídica internacional anterior a 1945 consideraba que la guerra constituye el recurso normal ante los conflictos cuando los medios diplomáticos han fallado. Tal es la concepción hecha clara y explícita por Karl Von Clausewitz en su libro “De la guerra”¹⁹. Esta, dice el autor, no es más que la mera continuación de la diplomacia por otros medios. La guerra, por otra parte, consiste en un acto de fuerza que se lleva a cabo para obligar al adversario a acatar nuestra voluntad.

Pero lo importante es que la guerra es vista como totalmente legítima con ese propósito. En los libros de Derecho Internacional clásico existía toda una sección dedicada al “Derecho de la Guerra”.

Un progreso inmenso lo representa la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, en cuya Carta constitutiva se declara que la guerra se encuentra prohibida como medio para solucionar conflictos²⁰. En este sentido se puede decir que los Estados ceden a la nueva organización el poder para solucionar los conflictos que surjan entre ellos y lograr así la paz en el respeto de los derechos de los Estados. Es lo que establece la Carta de la ONU en su artículo 2.4. Esfuerzo inmenso que busca instaurar la paz entre los Estados y buscar la solución pacífica de los conflictos que estallen entre ellos, prohibiendo la guerra como “la continuación de la diplomacia por otros medios”.

Tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial se establece en el artículo 1 de la Carta fundacional, que el propósito fundamental de la nueva Organización consiste en “1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”.

El artículo 2 establece los principios conforme a los cuales la nueva Organización debe obrar. Y así el 2.4 dice: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”

Pero esta prohibición tiene límites, señalados en el artículo 51 y que forma parte del Artículo VII, que se refiere a la “Acción en casos de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión”. Así el Artículo 51 señala que “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad

haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.”

A pesar de estas provisiones lo que constatamos es la existencia de violentos y numerosos conflictos violentos entre Estados en nuestra época.

Pero una vez más, no por ello el Derecho queda anulado, pues la fuerza no hace el Derecho. Y porque el Derecho no es respetado, son millones de personas quienes son víctimas de estos lastimosos conflictos.

Y ello permite ver que si el recurso a la violencia es aceptado en caso de legítima defensa, la no-violencia constituye una posibilidad cuya eficacia no debe ser perdida de vista. Ha sido Gene Sharp, autor de obras como *De la dictadura a la democracia* y *Política de la acción no violenta*, quien ha de algún modo sistematizado los ‘métodos’ de la no-violencia y quien actualmente es reconocido como una autoridad mundial en acción estratégica no-violenta. Gene Sharp creó en 1983 el Instituto Albert Einstein²¹, pequeña organización sin fines de lucro dedicada al estudio del conflicto no violento en defensa de la libertad, la justicia y la democracia. En reciente entrevista publicada por *El País semanal*²², se citaba a Sharp: “Si alguien te pega –dice–, no lo ataques. No uses la violencia contra él. Solo sácale fotos y ponlas en Internet. Conseguirás muchísimo más”. De hecho, la no-violencia constituye una posición política usada por grandes figuras como Gandhi en su esfuerzo para lograr la independencia de la India o de Nelson Mandela para acabar con el *Apartheid* que imperaba en Africa del Sur hasta hace relativamente poco. Las películas que recientemente han descrito tales acciones (y la no-violencia como método está lejos de significar pasividad sino, por el contrario, realización de acciones concretas, y ¡qué acciones!) han permitido hacer conocer la extensión y significado de tales episodios.

Pero habiendo establecido lo anterior, es importante diferenciar el uso sin freno de la

violencia, lo que equivale al terrorismo, de la resistencia activa. Son dos realidades totalmente opuestas pero las cuales, incluso a nivel del lenguaje, crean graves confusiones²³. De manera breve se puede decir que en el primero, en el terrorismo, la violencia aparece con un carácter ideal, con un objetivo más o menos lejano, en cuya consecución la entrega de la vida representa un gesto lleno de significado y de enorme valor. En el caso de la resistencia, por el contrario, la violencia no se glorifica sino que se padece y la vida aparece como el precio a pagar en defensa de valores superiores. La violencia no aparece aquí glorificada o idealizada sino padecida o sufrida.

Otro problema interesante es el de saber si el recurso a la violencia abre el campo a acciones ilimitadas o, por el contrario, su uso está sujeto a límites precisos. La diferencia de opiniones dio precisamente lugar a la famosa disputa que en 1952 estalló entre Jean-Paul Sartre y Albert Camus. Diferencia de posturas que terminó con una amistad que se había formado y fortalecido en la resistencia francesa, sobre todo exhibida en las páginas de “Combat”, periódico publicado durante varios años en el seno de la misma. Es la diversidad de posturas que sostienen esa “pequeña-gran” obra de teatro, que conserva toda su actualidad, y que lleva como título *Los Justos*, publicada por Camus en 1949²⁴. Pero ya desde *Cartas a un Amigo Alemán*, que había visto la luz el año anterior, aparecían con claridad ambas posiciones. Para una, la violencia no conoce límites, en ella ‘todo está permitido’, como se predica en la obra de F. Dostoyevski y repite Sartre en *El Existencialismo es un Humanismo*²⁵; para la otra, la violencia debe respetar límites muy precisos, que son los que la justifican y dan sentido. Es la diferencia entre la lucha sostenida por los alemanes y aquella mantenida por la resistencia francesa; es la actitud de Stepan Federov de *Los Justos*, quien en su lucha contra el Gran Duque no ve ningún límite para conseguir ese objetivo, y Yanek Kaliayev, quien no está dispuesto a realizar todo tipo de acciones, incluso estando de acuerdo en el objetivo que se busca en la acción terrorista emprendida. No está dispuesto, como aparece en esa magistral obra, a matar a los nietos del Gran Duque, lo que explica que la bomba que iba a ser por él arrojada en el interior de la carroza del Gran Duque no sea finalmente lanzada en el momento crucial: en ese punto vio la mirada

de esos inocentes que iban al lado de quien representaba el despotismo.

Los límites que deben existir en cualquier tipo de violencia, interna o internacional, es lo que constituye el llamado “Derecho Humanitario”, cuya aplicación está a cargo del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), creada muy previamente a la existencia de la ONU por el suizo Henri Dunant y que tiene tanta importancia en nuestra época. Este Derecho Humanitario se constituye por un conjunto de normas jurídicas que deben respetar los contendientes con relación a la población civil, los prisioneros, los hospitales, etc. Es un esfuerzo por mantener la razón en la guerra, que “es siempre una locura” (Papa Francisco).

Consecuencia de la violencia no son sólo las personas fallecidas a causa de la misma sino también los miles, los millones, de seres humanos que se ven obligados a dejar sus domicilios para proteger su vida o su libertad. Y en este sentido se debe recordar que, de acuerdo a una reciente publicación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), al concluir el año 2013 más de 51.2 millones de personas en el mundo se encontraban en la situación de desplazamiento forzado debido a la persecución, los conflictos, la violencia generalizada y las violaciones de derechos humanos. Estas cifras de 2013 fueron las más elevadas que se conocen desde que se realizan estadísticas globales sobre el desplazamiento forzado en el mundo²⁶.

C) Posición de la Doctrina Social Cristiana

Para finalizar estas reflexiones acerca de la violencia es importante referirse a la posición adoptada por la doctrina social cristiana. Éste se presenta de manera concisa en el *Catecismo de la Iglesia Católica*²⁷, a partir del numeral 497. La expresión es de gran claridad y precisión:

497: El Magisterio condena la “crueldad de la guerra” (GS, 77) y pide que sea considerada en una perspectiva completamente nueva (GS, 80). “En nuestra época, que se jacta de poseer la energía atómica, resulta un absurdo sostener que la guerra es un medio apto para resarcir el derecho violado” (PT).

498: La búsqueda de soluciones alternativas a la guerra para resolver los conflictos internacionales ha adquirido hoy un carácter de dramática urgencia, ya que “ el ingente poder de los medios de destrucción, accesibles incluso a las medias y pequeñas potencias, y la conexión cada vez más estrecha entre los pueblos de toda la tierra, hacen muy arduo o prácticamente imposible limitar las consecuencias de un conflicto” (CA, 51).

500: Una guerra de agresión es intrínsecamente inmoral²⁸. En el trágico caso que estalle la guerra, los responsables del estado agredido tienen el derecho y el deber de organizar la defensa, incluso usando las fuerzas de las armas. Para que sea lícito el uso de la fuerza, se deben cumplir simultáneamente unas condicionares rigurosas: “–que el daño causado por el agresor a la Nación o a la comunidad de las naciones sea duradero, grave y cierto; –que todos los demás medios para poner fin a la agresión hayan resultado impracticables o ineficaces; – que se reúnan las condiciones serias de éxito; – que el empleo de las armas no entrañe males o desórdenes más graves que el mal que se pretende eliminar. El poder de los medios modernos de destrucción obliga a una prudencia extrema en la apreciación de esas condiciones. Estos son los elementos tradicionales enumerados en la doctrina llama de la “guerra justa”. La apreciación de estas condiciones de legitimidad moral pertenece al juicio prudente de quienes están a cargo del bien común” (CIC, 2309).

El numeral 501 menciona la posición del actual Derecho Internacional, la cual sostiene, como hemos visto, la prohibición generalizada del recurso a la fuerza para resolver los conflictos entre los Estados, con excepción de dos casos: la legítima defensa y las medidas tomadas por el Consejo de Seguridad en el ámbito de sus responsabilidades, para mantener la paz. En cualquier caso, el ejercicio del derecho a defenderse debe respetar “los tradicionales límites de la necesidad y de la proporcionalidad” (Juan Pablo II, *Mensaje para la Jornada Mundial de La Paz 2004*, 6).

El Papa Francisco ha hecho referencia a estas disposiciones al pedir la actuación de los organismos internacionales para poner fin a la violencia desatada por las fuerzas del Estado Islamico en Medio Oriente.

II. LA POBREZA, VIOLENTA MANIFESTACIÓN DEL MUNDO ACTUAL

Este tema, al igual que el anterior, merece largas y profundas reflexiones no solo para ser bien entendido sino principalmente para hacer brotar acciones tendientes a su disminución y deseable eliminación. Me limitare a señalar algunas manifestaciones actuales de esta terrible realidad que, creo, deben ser destacadas.

Ante todo el hecho de que la pobreza no posee una sola naturaleza: la pobreza económica, material, que golpea por su carácter escandaloso y visible, es diferente de aquella espiritual, que, por desgracia, no es menos escandalosa y visible en nuestro mundo.

Con respecto a aquella material veamos brevemente tres manifestaciones dolorosas, la primera representada por la escasez de recursos económicos, la segunda significada por la pobreza que representa el hambre en el mundo y la tercera dada por la pobreza económica extrema que lleva a hablar de “vidas desperdiciada” o “descartadas”.

A. Algunas consideraciones en torno a aquella pobreza material o económica, esa pobreza que permite hablar de clases económicamente ricas o súper ricas, una clase económica media y otra pobre o súper pobre (miserable). En los últimos años ha aparecido, por debajo de esta, el fenómeno de una “infraclassa” (*underclass*), la cual significa una realidad que implica no solo pobreza o que no puede ser explicada tan solo por la pobreza. Esta “infraclassa” o “clase marginal” significa la terrible realidad de esas vidas que son comprendidas como “desperdiciadas” (Bauman) o “descartable” (Papa Francisco). A ella nos referiremos en el tercer punto.

A nivel general, que implica aplicaciones particulares, la pobreza que se padece es debida, como una de las razones fundamentales, a la brutal injusticia manifestada en la brutal desigualdad de la distribución de las riquezas. Si la diferencia entre países ricos y pobres, entre personas ricas y pobres que se encuentran en el interior de un país, ha sido siempre escandalosa (es el foso que separa a las países ‘del norte’ de aquellos ‘del Sur’, a los países ‘desarrollados’ de aquellos a los cuales se denomina de manera eufemística países ‘en desarrollo’), en nuestra

época tal diferencia alcanza límites que parecen alucinantes²⁹.

Ya hace algunos años, recuerda Zygmunt Bauman, Branko Milanovic, uno de los economistas mas destacados del departamento de investigaciones del Banco Mundial, advertía que “la desigualdad entre los individuos del mundo es abrumadora”³⁰, puesto que, a comienzos del siglo XXI, el 5% mas rico recibía un tercio del ingreso global total, exactamente igual al 80% mas pobre. Por su parte el informe del OXFAM que acaba de aparecer recientemente señala que la riqueza se concentra cada vez más en manos de una pequeña elite: “en 2014, el 1% mas rico poseía el 48% de la riqueza mundial, mientras que el 99% restante debía repartirse el 52%. Prácticamente la totalidad de ese 52% están en manos del 20% mas rico de la población mundial, de modo que el 80% restante solo posee un 5.5% de la riqueza mundial. Si se mantiene esta tendencia de incremento de la participación más ricas en la riqueza mundial, en solo dos años el 1% mas rico de la población acaparará mas riquezas que el 99% restante (...) y el porcentaje de riqueza en manos del 1% mas rico superará el 50% en 2016”³¹. Como vemos, esta situación en los años más recientes no ha hecho sino agravarse³².

Otro caso que merece reflexión es que en las primeros años de este nuevo siglo, Europa y los Estados Unidos gastaban 17 mil millones de dólares anuales en alimentos para mascotas, en tanto que, según los expertos, se necesitaban apenas 19 mil millones de dólares para salvar del hambre a la población mundial. Por ello Joseph Stiglitz recordaba en agosto de 2003 a los ministros de comercio que se preparaban para su reunión en México, que el subsidio europeo promedio por vaca “igual a los dos dólares diarios con que apenas subsisten miles de millones de pobres”, mientras que los subsidios del 4 mil millones de dólares al algodón que el gobierno estadounidense paga a 25 mil agricultores en buena posición económica “causan la miseria de 10 millones de agricultores africanos y contrarrestan por mucho la mísera ayuda de Estados Unidos a algunos países afectados”³³. Entre tanto “de acuerdo con Centro para El Progreso Americano, el promedio de ingreso del 50% mas pobre de los americanos durante las tres últimas décadas creció en un 6%, en tanto que el ingreso del 1% mas rico aumento un 229%”³⁴.

La conclusión a la que llega Bauman es que “ante la desigualdad planetaria de los movimientos del capital, el crecimiento económico no se traduce en el aumento de la igualdad, sino todo lo contrario: es un factor clave del enriquecimiento de los ricos y el empobrecimiento aún mayor de los pobres”³⁵. Debido a ello, conforme a lo que informa la Organización Internacional de Trabajo (OIT), el día de hoy más de 3,000 millones de personas viven debajo del nivel de pobreza, es decir, con menos de dos dólares diarios, el 20% de la población mundial consume el 90% de los bienes y servicios producidos a nivel mundial, en tanto el 20% mas pobre consume tan solo uno por ciento. Y Bauman puede concluir que “la desigualdad social el día de hoy parece estar convirtiéndose en el primer ‘perpetum mobile’ en la historia, lo que los seres humanos, tras numerosos intentos, han finalmente logrado inventar y poner en movimiento”³⁶.

B. La pobreza muestra también su rostro inhumano en el fenómenos del hambre. El tema ha adquirido tal importancia que las Naciones Unidas. designaron al suizo Jean Ziegler relator para el Derecho a la Alimentación entre los años 2000 y 2008³⁷. Desde 2009 lo es Olivier De Schutter.

Los comentarios que hacemos a continuación se basan en las precisiones establecidas por Jean Ziegler en obras como *Destrucción Masiva. Geopolítica del Hambre*³⁸ y *El Problema del Hambre explicado a mi Hijo*³⁹, al igual que en la magnífica presentación y aplicación al caso mexicano que realiza Miguel del Castillo en su texto *El Hambre en el Mundo*⁴⁰.

El hambre, como lo explica claramente Jean Ziegler, puede deberse a dos diferentes causas: a) causas de naturaleza estructural, debidas a la mala distribución de alimentos, a la ausencia de alimentos sanos y equilibrados en muchas regiones. Aquí lo que se ha señalado en el primer punto referente a la falta de una distribución equilibrada de recursos económicos tiene una clara y decisiva incidencia. Las regiones y personas ricas –y cada vez mas ricas– poseen grandes recursos alimenticios; las regiones y personas pobres –y cada vez más pobres– suelen presentar graves deficiencias alimenticias. En este sentido el problema no reside en la ausencia de alimentos sino más bien en la ausencia de una distribución justa de los mismos. “Cada cinco segundos, escribe Ziegler, un niño

menor de diez años muere de hambre. En un planeta que, sin embargo, vomita riquezas... En su estado actual, en efecto, la agricultura mundial podría alimentar sin problemas a 12,000 millones de seres humanos; o sea, el doble de la población actual. No existe, pues, a este respecto, ninguna fatalidad. Un niño que muere de hambre, es un niño asesinado”⁴¹. Es alarmante la información proporcionada por la FAO -Food and Agricultural Organization of the United Nations- según la cual el 34% de la producción de cereales en el mundo (principalmente maíz, trigo y cebada) se destina a alimento animal, en tanto el 9% a la industria alimentaria⁴². En este sentido se debe decir que los biocombustibles han sido desastrosos por la contaminación y por provocar hambre y falta de agua. b) causas de naturaleza coyuntural, que pueden ser fenómenos como sequías, huracanes, inundaciones, tsunamis, los cambios climáticos, a los que se añade esa terrible realidad provocada por el hombre como es la guerra. Los ejemplos, por desgracia, son numerosos: entre 2010 y 2011 las inundaciones que afectaron a más de 5 millones de personas en Pakistán; en 2011 los desastres ecológicos ocurridos en Etiopía, en Kenya y Djibuti; en 2012 la desertificación resentida en el Sahel (principalmente en Mali, Níger, Mauritania y Senegal) y, ese mismo año, la afectación a más de 600,000 personas causada por el paso del huracán Sandy por Haití... Y la guerra suele asociarse a la presencia de fenómenos naturales que afectan a los países: tal es lo ocurrido en Somalia, Burundi, Sudan (conflicto de Darfur, que ha provocado 1.8 millones de desplazados), Afganistán, Irak, Georgia, Siria, la República Democrática del Congo...

En ocasiones ocurren episodios que muestran la demencia de la violencia en grado extremo, cuando, por ejemplo, el dirigente de Sudán Hasan Turali ordenó disparar a los aviones que llevaban ayuda alimentaria por parte del Programa Mundial de Alimentos o cuando se emplea el hambre como táctica de guerra (y por ello los bloqueos económicos son altamente ilícitos: con ellos se castiga a la población más débil y necesitada).

Y es conveniente mencionar algunas cifras. Dice Miguel del Castillo que, “si asumimos, para el cálculo del número de personas subnutridas, una vida activa moderada, el

número de personas con hambre en los países en desarrollo se eleva a 1,529 millones (78% más que con el supuesto de vida sedentaria). La situación es más preocupante, ya que poco más de un cuarto (25.5%) de la población de los países pobres no tiene suficiente alimento. No solo el monto es mayor, la tendencia cambia; ya no se percibe una reducción de personas con hambre en el mundo". Pero, continúa el autor, "si nos vamos al extremo de considerar que la mayoría de las personas de los países pobres tiene un trabajo que requiere un esfuerzo físico intenso, similar al de un campesino jornalero agrícola, o trabajador doméstico que no cuentan con equipos mecánicos (por ejemplo, hacer el arado sin la ayuda de un tractor o lavar la ropa a mano), el número de personas subnutridas en los países pobres llega a 2,566 millones"⁴³.

Al particularizar el problema del hambre al caso de México, y siguiendo los cálculos presentados por el organismo de investigación oficial más serio al respecto⁴⁴, se conoce que oficialmente en el año 2010 había en México 28 millones de personas con hambre y 7.4 millones con la doble condición de pobreza extrema y carencia alimentaria, moderada o severa⁴⁵.

Es interesante agregar que en los últimos años la FAO ha reconocido, además, el problema de la malnutrición o el hambre oculta, como también se le llama, lo que significa la ausencia de una dieta alimentaria bien balanceada. De acuerdo al ya citado informe de la FAO de 2013, el 30% de la población mundial carece de los nutrientes esenciales para el debido crecimiento mental y físico (minerales y vitaminas). Ello explica la aparición de diversas enfermedades, como la ceguera, y el riesgo de fallecimiento por enfermedades infecciosas. Pero la ingesta excesiva de aquellos micro nutrientes que aportan la energía (carbohidratos, proteínas y grasas), hace aparecer la otra cara del hambre oculta, como es la obesidad y el sobrepeso, que afecta al 12% de los adultos del mundo y al 22% de los que residen en países desarrollados. "Si excluimos a las islas del Pacífico, los países con mayor proporción de hombres adultos con sobrepeso son Alemania, Estados Unidos y Malta, en donde el 70% de la población masculina tiene sobrepeso u obesidad; en las mujeres adultas ocupan los primeros lugares México, Arabia Saudita e Irlanda, con más del 70% con sobrepeso u obesidad"⁴⁶.

Conforme a cifras proporcionadas por la Organización Mundial de Alimentos (OMS),

cada año mueren por causas directamente relacionadas con la malnutrición 3 millones de personas, casi la mitad de ellas por diabetes. En nuestro país, de acuerdo a cálculos realizados por el investigador mexicano Miguel del Castillo, "tan solo el 14% de la población en México (16.5 millones) tiene seguridad alimentaria (no le faltan alimentos, estos son variados y no tiene necesidad de disminuir las raciones, ya que tiene el dinero o los recursos necesarios), no tiene anemia o bajo peso, y no sufre de sobrepeso u obesidad. El resto (98.5 millones) no tiene adecuada nutrición"⁴⁷. Ello explica la razón por la cual "las muertes por desnutrición y malnutrición en México son altas. Entre el año 2006 y 2011 murieron en el país por diabetes, desnutrición, anemia y otras enfermedades nutricionales y metabólicas 569 mil personas, 5.4 veces más que las muertes por agresiones o violencia. La principal causa de muerte entre los mexicanos es la diabetes mellitus; 14% de las defunciones del 2011 se debieron a esta enfermedad"⁴⁸.

C. Y veamos finalmente la manifestación de la pobreza en la creación de una nueva realidad que es propia sede aquello que Zygmunt Bauman llama "modernidad líquida"⁴⁹.

Conforme a lo que señala este pensador, en la nueva situación en la que vivimos se producen, de manera cada vez más intensa, una serie de movimientos poblacionales de los cuales no es muy aventurado afirmar que son consecuencia clara de la llamada globalización y de la producción de eso que Zygmunt Bauman denomina "la sociedad líquida". Según este autor, las instituciones que hasta hace pocos años se caracterizaban por salvaguardar la continuidad de los hábitos, los modelos de comportamiento aceptables, no mantienen ya más su forma por más tiempo y "se derriten antes de que se cuente con el tiempo necesario para asumirlas"⁵⁰. Esto ha acontecido con los Estados, los cuales, como efecto de la globalización, han ido perdiendo sus antiguas justificaciones, que han sido sacrificadas a las exigencias de la nueva economía liberal. El Estado no se preocupa más de tareas que se consideraban esenciales, tales como el proporcionar sistemas correctos de educación, de salud, de comunicación, etc, incluso de servicios tan fundamentales como aquel de recoger la basura, proporcionar servicios de agua o de electricidad, y todo esto pasa a manos de particulares o de nuevos actores

de una sociedad global. Con ello se destruye el sentido de comunidad, de pertenencia a un grupo comunitario y pierden sentido expresiones como aquellas de solidaridad, bien común, valores comunitarios, subsidiaridad, etc. "La exposición de los individuos a los caprichos del mercado laboral y de bienes suscita y promueve la división y no la unidad, premia las actitudes competitivas, al tiempo que degrada la colaboración y el trabajo en equipo al rango de estratagemas temporales que deben abandonarse o eliminarse una vez que se hayan agotado sus beneficios"⁵¹.

Se producen así las nuevas "sociedades abiertas" en las cuales las riquezas se acumulan en manos de unos pocos y se vive "la experiencia aterradora de una población heterónoma, desventurada y vulnerable, abrumada por (y quizá supeditada a) fuerzas que ni controla ni entiende del todo"⁵². En estas circunstancias al Estado, al requerir de una nueva justificación, toma aquella de la protección a los ciudadanos. El Estado interviene cada vez menos en las actividades económicas de los individuos y se convierte en el garante una pretendida seguridad frente a fuerzas y realidades que aparecen amenazar a las personas. Así "lo crucial no es el miedo al peligro, sino el grado de expansión que dicho miedo puede adquirir"⁵³. Lo que impera es un miedo generalizado, que se dejan sentir en aquellos elementos que amenazan constantemente la vida de cada una de las personas: lo que interesa es asegurar la seguridad personal, lo que provoca el aumento vertiginoso de sistemas que aseguran la integridad personal. "Se ha dejado en manos de los individuos la búsqueda, la detección y la práctica de soluciones individuales a problemas originados por la sociedad, todo lo cual deben llevar a cabo mediante acciones individuales, solitarias, equipados con instrumentos y recursos que resultan a todas luces inadecuados para las labores asignadas"⁵⁴.

Aparece así la figura del "Estado de seguridad personal", en el cual "el fantasma de la degradación social contra el cual el Estado social juró proteger a sus ciudadanos está siendo sustituido por la amenaza de un pedófilo puesto en libertad, un asesino en serie, un mendigo molesto, un atracador, un acosador, un envenenador, un terrorista o, mejor aún, por la conjunción de todas estas amenazas en la figura del inmigrante ilegal, contra el que el Estado moderno, en su encarnación más reciente, promete defender a sus súbditos"⁵⁵.

Los políticos se encargan entonces de advertir de los peligros de ese enemigo fantasma frente al cual es necesario alertar y eliminar. Se usa la política consistente en capitalizar el miedo, crear un ambiente de miedo creciente que se extiende por toda la sociedad. Así se nota cómo "la guerra contra el terrorismo" que se ha desatado en tiempos recientes y que genera un miedo creciente en los diferentes países, representa un total contrasentido en razón del armamento totalmente inadecuado para localizar, atacar y destruir objetivos extraterritoriales, pero que ha provocado la erosión de la democracia y la falta de respeto total a los más elementales derechos humanos. "El principal resultado, y el más difundido, de la guerra que se libra contra los terroristas acusados de sembrar el miedo, es el miedo mismo. Otro resultado visible de esa guerra han sido las nuevas limitaciones impuestas a las libertades personales"⁵⁶.

El Estado moderno se encuentra a merced de fuerzas que ni controla ni puede controlar, pero que alientan igualmente ese miedo fundamental que "constituye, posiblemente, el más siniestro de los múltiples demonios que anidan en las sociedades abiertas de nuestro tiempo"⁵⁷.

Cuando se trata de poner rostro a ese miedo que acompaña a los erráticos movimientos globalizadores fácilmente emerge la figura del solicitante de asilo, del refugiado, del desplazado en el interior del territorio, del migrante, especialmente del carente de papeles. Ellos representan los nuevos "desperdicios" humanos que son arrojados en números crecientes por nuestras sociedades.

La "modernidad líquida" se caracteriza igualmente por haber pasado de una economía de producción –en la cual lo más importante era asegurar los empleos necesarios para producir bienes económicos– a una nueva sociedad de consumo en la cual lo que más interesa es que los miembros de la sociedad consuman los bienes producidos. Las nuevas tecnologías han permitido reducir cada vez más los puestos de trabajo. Y se ha creado una carrera consumista que promete la felicidad a cambio de poseer lo que se propone siempre como nuevo, de manera que la sed que se despierta se refiere finalmente a una realización siempre futura y pendiente. Pero en esa carrera la sociedad líquida produce un gran número de casos (personas) que son incapaces de seguir la velocidad de la carrera, que pierden sus puestos de trabajo, que se transforman en personas

sin hogar, que no son sujetos de crédito ni de confianza, que pierden su lugar en la sociedad y que se suman a los cada vez más numerosos 'desperdicios humanos' producidos por la nueva economía.

Los parias de esta sociedad -verdaderos desechos producidos por la sociedad global- son, como hemos dicho, los sin trabajo, los sin hogar los migrantes económicos, los desplazados, los peticionantes de asilo, los refugiados, los apátridas... "Son todos ellos los residuos de la globalización"⁵⁸. Así como una sociedad de consumo sedienta de novedades produce constantemente desperdicios materiales a los cuales cuesta cada vez más trabajo encontrar un destino, de manera análoga la sociedad global está produciendo "desperdicios humanos" a los cuales no es fácil hallar solución. Continuando con la analogía, así como a los desperdicios electrónicos se les envía a territorios cada más lejanos para que puedan ser destruidos, de manera semejante a los nuevos desperdicios humanos se les trata de enviar a territorios lejanos en los que puedan desaparecer. En tiempos pasados se les trataba de enviar a tierras deshabitadas, a zonas poco habitadas, pero con el tiempo esto tuvo que cambiar. "Una vez que el modo de vida moderno ha dejado de ser un privilegio de zonas escogidas, han desaparecido los primeros desagües para la eliminación de residuos humanos, a saber los territorios "vacíos" "de nadie" (para ser más precisos: los territorios que, gracias al diferencial de poder global, podían verse y tratarse como vacíos y/o sin dueño)"⁵⁹. Se tuvieron entonces que buscar algunos Estados que aceptasen recibir a tales seres humanos a cambio de una atractiva remuneración económica. Sucedió en el caso de Japón, país densamente poblado y con una gran cantidad de gente mayor que propuso una suma significativa de dinero a un Estado sudamericano a cambio de usar parte de su territorio para enviar allí a una buena porción de esa población.

Sin ironía, Bauman hace referencia al esfuerzo relativamente reciente que realizó la Unión Europea por hallar destino a cantidades ingentes de seres humanos que buscaban llegar a su territorio. Bajo la presidencia de Gran Bretaña se pensó en crear "zonas de recepción" o "refugios seguros", fuera de los territorios de la Unión Europea, a donde serían enviados todos aquellos seres humanos que intentasen llegar a la Unión Europea en busca de asilo y protección. Aparecieron algunas regiones determinadas (una

de ellas era una parte de Polonia!), localizadas en Estados a los cuales se les pagarían cantidades no despreciables por "el servicio" prestado. De ese modo se evitaría que esos "desperdicios" humanos ingresasen en Europa y se les mantendría alejados de ese objetivo. Fueron enormes los esfuerzos realizados por el ACNUR por oponerse a tal determinación, que había sido calurosamente acogida por los países miembros de la Unión⁶⁰.

Bauman señala también cómo existen también otras "soluciones locales a problemas globales" que "los rezagados de la modernidad" se ven forzados a practicar, tales como "las guerras y masacres tribales, la proliferación de guerrillas (con frecuencia poco más que cuadrillas de bandidos) muy ocupadas en diezmar mutuamente sus tropas, si bien absorbiendo y aniquilando mientras tanto el 'excedente de población' (sobre todo a los jóvenes, incapacitados para trabajar en casa y sin perspectivas): en resumidas cuentas, un 'colonialismo de vecindario' o un 'imperialismo de pobres'. A centenares de miles de personas se les expulsa de sus casas, se les asesina o se las obliga a buscarse la vida allende las fronteras de su país"⁶¹.

Esto último le permite a este autor referirse a "uno de los efectos más siniestros de la globalización, (como lo) es la desregulación de las guerras. La mayoría de las acciones bélicas actuales y las más crueles y sangrientas de entre ellas, las llevan a cabo entidades no estatales, no sometidas a ningún derecho estatal ni a ninguna convención internacional. Son a la par consecuencias y causas, auxiliares pero poderosas, de la continua erosión de la soberanía de los Estados, así como de las permanentes condiciones de zona fronteriza en el espacio global supraestatal"⁶².

III. VIOLENCIA Y POBREZA EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

Lo que resta consiste en tan sólo subrayar algunas conclusiones que se siguen de los establecido anteriormente.

La sociedad representa un término análogo que se dice de muchas maneras, por lo cual se puede hablar de la sociedad familiar, laboral, nacional o internacional. Cada una de ellas realiza analógicamente algunos elementos que les son comunes, tales, por ejemplo, la autoridad,

los miembros que les constituyen, la finalidad a la que tienden...

La sociedad política organizada en forma de Estado posee un fin que le es propio y que es su bien común. Este se integra de elementos materiales y espirituales. Ellos deben permitir a los miembros que la integran alcanzar su propia perfección. Existen circunstancias en las cuales la realización del bien común se ve gravemente afectado, lo que puede explicar la aparición de ese terrible fenómeno que es la violencia. En tales circunstancias, como recuerda Hannah Arendt, "la violencia puede ser justificable, pero nunca será legítima. Su justificación pierde plausibilidad cuanto más se aleja en el futuro el fin propuesto. Nadie discute el uso de la violencia en defensa propia porque el peligro no sólo resulta claro sino que es actual y el fin que justifica los medios es inmediato"⁶³ (71).

Como dice la misma autora, es lugar común afirmar que la violencia brota a menudo de la rabia y "la rabia solo brota allí donde existen razones para sospechar que podrían modificarse esas condiciones y no se modifican. Solo reaccionamos con rabia cuando es ofendido nuestro sentido de la justicia, y esta reacción no refleja necesariamente en absoluto una ofensa personal, tal como se advierte en toda la historia de las revoluciones, a las que invariablemente se vieron arrastrados miembros de las clases altas que encabezaron las rebeliones de los vejados y suprimidos. Recurrir a la violencia cuando uno se enfrenta con hechos o condiciones vergonzosas resulta enormemente tentador por la inmediación y celeridad inherente a aquella"⁶⁴.

La pobreza, cuando adquiere a nivel comunitario local, nacional o global, características graves que revelan una suma injusticia, puede desatar y desata la violencia. La única solución a la misma solo puede ser poner el remedio a semejante injusticia, remedio que debe ser producido no solo a nivel local sino también global. Los problemas globales no pueden aliviarse solo con soluciones locales.

La violencia, cuando hace su aparición, suele dirigirse a chivos expiatorios específicos, que suelen ser vistos como los culpables de los males contra los cuales se lucha. Es muy fácil que, a causa del ambiente desatado en la opinión pública por los medios masivos de comunicación y por la manipulación de las autoridades políticas, se considere que los causantes de los males que afligen a la sociedad son precisamente

los desarraigados, los pordioseros, los sin techo ni hogar, los miserables, los desarraigados, los peticionante de asilo y los refugiados procedente no solo de países vecinos sino también de horizontes muy lejanos. Ellos encarnan entonces el papel de chivos expiatorios cuya inmólación (alejamiento, rechazo) se hace entonces urgente.

La pobreza económica es una terrible realidad, pero no debe olvidarse que igualmente lo es, y aun es peor, la pobreza espiritual. Si el no tener lo necesario para comer es un verdadero azote, lo es, y peor, el sentirse abandonado, de mas, descartado como miembro de la sociedad. Es lo que indicaba la Madre Teresa: "El abandono es una pobreza terrible. Hay gente pobre en todas partes del mundo, pero la pobreza mas profunda es no ser amado. Los pobres que nosotros buscamos -continuaba- pueden vivir cerca de nosotros o lejos. Pueden ser pobres material o espiritualmente. Pueden tener hambre de pan o hambre de amistad. Pueden necesitar vestido, o la riqueza que representa el amor de Dios por ellos. Pueden necesitar el abrigo de una casa de ladrillos y cemento, o el de tener un lugar en nuestro corazón"⁶⁵.

El Estado contemporáneo que ha dejado de tener su legitimidad en la búsqueda de un "estado de bienestar" ha dejado a los individuos en una situación tal de vulnerabilidad e inseguridad que le resulta entonces fácil proponer su legitimidad en la promesa de limitar o suavizar tal vulnerabilidad y fragilidad. Se propone entonces el tema de la seguridad personal contra "miedos presentes o asegurados, manifiestos u ocultos, genuinos o supuestos, a las amenazas que penden sobre los cuerpos, las posesiones y los *hábitat humanos*, ya se originen en pandemias y dietas o estilos de vida insalubres, o bien en actividades delictivas y comportamientos antisociales de la "clase marginal" o, en los últimos años, del terrorismo global"⁶⁶. Por ello "culpar a los inmigrantes -los extranjeros, los recién llegados, y en particular los extranjeros recién llegados - del malestar social en todos sus aspectos (y en primer lugar, del nauseabundo y paralizante sentimiento de *Unischerheit*, *incertezza*, *précarité*, *insecurity*, inseguridad) esta volviéndose rápidamente un hábito global"⁶⁷.

Se ha afirmado, con razón, que "la guerra sigue siendo el mayor fracaso humano (John Kenneth Galbraith), pero también, a través de los estudios de Rene Girard, se puede ver que la violencia no es otra cosa que el retorno a

estadios primitivos y arcaicos de la humanidad. Y, como lo ha dicho el P. Raniero Cantalamessa, si se trata de creyentes, de un retraso culpable y escandaloso en la toma de conciencia del salto cualitativo del sacrificio realizado por Jesús. Este sacrificio ha permitido ver también que la violencia es siempre perdedora. Girard destaca como en casi todos los mitos antiguos la víctima resulta vencida y el verdugo, vencedor. Pero con el sacrificio de Jesús cambió el signo de la victoria. Inaugura un nuevo tipo de victoria que no consiste en hacer víctimas, sino en hacerse víctima. *Victor quia victoria*, vencedor porque víctima, así define S. Agustín al Jesús de la cruz⁶⁸. “El valor moderno de la defensa de las víctimas, de los débiles y de la vida amenazada nació sobre el terreno del cristianismo, es un fruto tardío de la revolución llevada a cabo por Cristo. Tenemos la prueba contraria: apenas se abandona (como hizo Nietzsche) la visión cristiana para volver a la vida pagana, se pierde esta conquista y se vuelve a exaltar ‘al fuerte, al poderoso, hasta su punto más excelso, el superhombre’, y se define a la cristiana ‘una moral de esclavos’, fruto del resentimiento impotente de los débiles contra los fuertes”⁶⁹.

Si “los derechos humanos se violan no sólo por el terrorismo, la represión, los asesinatos...sino también por la existencia de extrema pobreza y estructuras económicas injustas que originan las grandes desigualdades” (Papa Francisco⁷⁰), semejante violación está produciendo el día de hoy esa consecuencia de la “modernidad líquida” constituida por los “desclasados”, las “vidas desperdiciadas”, las existencias “descartadas”, que hace aparecer a un grupo de personas como siendo o estando “de más”. No resulta nada extraño que, en un momento histórico en que grandes territorios, sobre todo de la llamada “vieja cristiandad” están abandonando el cristianismo, momentos en que la “descristianización” o “secularización” gana países enteros y continentes, se extienda una “globalización de la indiferencia” (Papa Francisco) en la cual la xenofobia se vuelve bandera política frecuente.

En este panorama la Iglesia debe ser fiel a su misión y ponerse del lado de las “víctimas inocentes”, de los pobres, migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, de los “pobres y humillados”, pues “los pobres son el corazón del Evangelio”⁷¹.

NOTAS

1. Alianza Editorial, Madrid, 2012.
2. Op. cit., p. 11.
3. Op. cit. p. 106.
4. Op. cit., pp. 74-75.
5. ¿Verdad o fe débil?, Paidós, Madrid, 2011, pp. 36-37.
6. El Sacrificio, Madrid, 2012, p. 84.
7. Idem.
8. Op. cit, p. 31.
9. Op. cit., pp. 77-78.
10. Op. cit. p. 79.
11. Op. cit., p. 83.
12. Idem.
13. Op. cit., p. 85.
14. Op. cit., p. 86.
15. Op. cit., p. 89.
16. Idem.
17. Op. cit., p. 90.
18. Alianza, Madrid, 1982.
19. Mateus, Barcelona, 1972.
20. www.un.org/es/documents/charter/.
21. Se puede consultar al respecto www.acinstein.org.
22. No. 1980 del 7 de Agosto de 2014, pp. 50-55.
23. A este respecto se puede leer con interés la obra reciente de Gérard Rabinovich, *Terrorisme/ Résistance d'une confusion lexicale à l'époque des sociétés de masse*, ed. Le bord de l'eau, Paris, 2014.
24. Alianza, Madrid, 1982.
25. Sur, Buenos Aires, 1977.
26. www.acnur.org/Tendencias Globales, 2013.
27. Asociación de Editores del Catecismo, Barcelona, 1992.
28. Y consideró que esto vale igualmente para la guerra 'preventiva.
29. En la cada vez más amplia bibliografía vale la pena mencionar el reciente estudio de Thomas Piketty *Capital in the Twuenty-First Century*, diversas obras de Zygmunt Bauman tales como *Daños Colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, *La riqueza de muchos ¿beneficia a todos?*, *Vidas desperdiciadas*, y también algunas obras no traducidas al español, como *Moral blindness* o *State of crisis*; en español de pueden ver los estudios de Carlos Mc Cadden y el estudio de Miguel del Castillo publicados por el Departamento de Estudios Acadmicos del ITAM.
30. Cit. por Zygmunt Bauman en *Daños colaterales*, FCE, México, 2011, p. 71.
31. Informe temático de OXFAM de enero de 2015 "*Riqueza: tenerlo todo y querer mas*, en www.oxfam.org.
32. A esta misma conclusión llega Paul Krugman, premio Nobel de Economía, quien afirmaba en el mes de septiembre de 2013, que, tras el rescate de los bancos ocurridos como consecuencia de la crisis de 2008, "los ricos se han salido con la suya. Se rescato a Wall Street, pero no a los obreros ni a quienes tenían casa. Nuestra supuesta recuperación no ha hecho mucho por los trabajadores corrientes, pero los ingresos de los que más ganan se han disparado, ya que casi todos los beneficios de 2009-2012 han ido a parar al 1% con los ingresos más altos y casi un tercio al 0.01% que más ganan (es decir, la gente con rentas de más de 10 millones de dólares)". En el artículo *Los plutócratas se sienten perseguidos*, El País, 29 septiembre 2013, p. 29.
33. Cit. en op. cit., p. 37.
34. *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?*, Paidós, Barcelona, 2014, p. 18.
35. *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, op. cit., p. 71.
36. *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?*, op. cit., pag. 22.
37. Las tareas de Ziepgler y su denuncia de las políticas del libre mercado en la determinación del precio de los alimentos, causa fundamental de hambre en el mundo, le valieron el que cuatro embajadores norteamericanos que le tocaron durante su mandato combatieron con vigor sus informes y recomendaciones. En dos ocasiones solicitaron a Kofi Annan, Secretario de las Naciones Unidas, la revocación de su mandato como relator.
38. Península, Barcelona, 2012.
39. Muchnik Ed., Barcelona, 2000.
40. ITAM, Departamento de Estudios Académicos, México, 2014.

41. Jean Ziegler, op. cit., p. 19.
42. *The State of Food and Agriculture, 2013*, cit. por Miguel del Castillo, op. cit., p. 33.
43. Miguel del Castillo, op. cit., p. 12.
44. Se trata de los informes presentados desde 2008 por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social -CONEVAL-, organismo público descentralizado del gobierno federal.
45. Ver los datos relativos al caso de México a partir de la pag. 20 del estudio presentado por Miguel del Castillo.
46. Miguel del Castillo, op. cit., p. 37.
47. Miguel del Castillo, op. cit., p. 44.
48. Ídem, p. 45.
49. Cfr. Entre sus numerosas obras ver *Tiempos líquidos, Vivir en una época de incertidumbre*, Tusquets, México, 2009.
50. Op. cit., p. 7.
51. Op. cit., p. 9.
52. Op. cit., p. 16.
53. Op. cit., p. 18.
54. Op. cit., p. 25.
55. Op. cit., p. 27.
56. Op. cit., p. 38.
57. Op. cit., p. 42.
58. Zygmunt Bauman, *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, Paidós, Barcelona, 2005, p. 81.
59. Op. cit., p. 94.
60. Este y otros casos semejantes son mencionados en la obra de Zygmunt Bauman citada citada.
61. Zygmunt Bauman, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, Tusquets, México, 2009, p. 51.
62. Op. cit., pp. 56-57.
63. *Sobre la Violencia*, op. cit., p. 71.
64. Op. cit., p. 83.
65. *Desde el corazón del mundo*, Novato, California, 1999, 56%.
66. *Daños colaterales*, op. cit., p. 77.
67. Op. cit., p. 81.
68. *Confesiones 10*, 43.
69. *Tenemos un sumo sacerdote*, Predicación del viernes Santo del año 2010 en la Basílica de San Pedro. En www.mercaba.org.
70. Cit en *Informe de Desarrollo Humano 2014* Elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
71. Papa Francisco, Misa celebrada en la ciudad de Manila el 16 de enero de 2015.

LA DIGNIDAD DEL EMBRIÓN HUMANO ¿QUÉ SENTIDO TIENE QUE SE LE NIEGUE AL EMBRIÓN HUMANO EL DERECHO A VIVIR?

.....

Juan de Dios Vial Correa

Profesor Titular de la Facultad de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Ángel Rodríguez Guerrero

Profesor Titular de la Facultad de Medicina, Universidad Técnica Particular de Loja.

RESUMEN

La dignidad humana, desde lo experimental, lo cuantificable, esto es, contemplada desde las ciencias de la naturaleza no puede derivarse de ninguno de los órganos, tejidos, miembros, cualidades o capacidades mayores o menores del cuerpo humano, pero tampoco la podemos derivar, en el ámbito experiencial o vivencial, de la mayor o menor inteligencia que pudiera llevar a un ser humano a ejercer un rol más elevado en la pirámide del poder en la sociedad, como, tampoco la podemos deducir de la riqueza o de la pobreza en que viven los seres humanos. Más allá de ser hombre o mujer, blanco o negro, rico o pobre, intelectual o ignorante, más allá de cualquier otra cualidad o defecto los seres humanos tienen todos, sin excepción, la misma dignidad. Esta dignidad les viene no de aquellos aspectos biológicos, psicológicos o sociales que precisamente diferencian a unos seres humanos de otros, sino de aquello que les es común y constitutivo: su filiación divina, y esto desde el instante mismo de su concepción.

Palabras Clave

Embrión humano; dignidad; concepción; muerte.

1. INTRODUCCIÓN

La causa de la defensa de la vida nos convoca de muchas maneras. Es un hecho curioso que en este siglo, dotado de tantas posibilidades y adelantos para mejorar y promover la vida, se haya hecho tan urgente la simple tarea de defenderla. Sentimos que la vida se halla amenazada, y lo vemos de mil maneras en las

múltiples formas, muy poco respetuosas, en que están siendo tratados los embriones humanos en muchas partes del mundo. No es casualidad. En el mundo contemporáneo, late una actitud de desprecio y pesimismo frente a la vida, y nosotros nos sentimos llamados a reivindicarla, a exaltarla, y a defenderla. Esa tarea¹ de defensa tiene múltiples aspectos. Algunos de ellos son los que representan los movimientos Pro-Vida, pero tienen que desarrollarse en la misma línea y bajo modalidades diversas una actividad incesante, sostenida en su intensidad y en su fervor, en la defensa del mismo ideal con medios diversos.

Tomemos el caso de la fertilización *in vitro*. Lo que generalmente preocupa a los medios científicos y médicos es el grado de eficacia que el procedimiento alcance, así como la seguridad psicológica de la madre y el impacto sobre la convivencia civil. La Iglesia Católica se pregunta sobre el significado del procedimiento, sobre su sentido. Porque el acto conyugal que engendra un hijo es fundamentalmente un acto de relación entre personas, entre un hombre y una mujer. El procedimiento que fecunda un huevo en el laboratorio es una cadena de pasos tecnológicos. Un poco de reflexión muestra que se trata de dos formas enteramente distintas de encarar el problema de la procreación.

Sabemos que cada uno de los pasos de la técnica puede ser moralmente objetado, pero se pretende justificar esas transgresiones en nombre del fin perseguido. No se trata sólo de que el fin no justifica los medios. Se trata también de que esos medios no lícitos están encadenados en un procedimiento técnico, y pueden entonces ser sustituidos por otros que sean más eficientes: si no son buenos los espermatozoides de los que se

dispone ¿por qué no se podría usar otros, de un “dador” distinto?. Si los óvulos no son buenos, se tratará de buscarlos mejores; si el vientre no es adecuado, no hay por qué no hallar un sustituto, un vientre de alquiler o de préstamo; si son demasiados los embriones, se los puede seleccionar y desechar los que no “sirven”. Habrá por supuesto que encontrar algún sistema legal que resguarde a la sociedad de algunos excesos peligrosos para la convivencia social: por ejemplo, ¿será inconveniente que se use el semen de un solo individuo en muchos ensayos con mujeres diferentes? porque se arriesga producir parientes consanguíneos ignorados en número indeseable. Lo que ocurre es que en vez de procrear un hombre, se está produciendo industrialmente un ser humano; y la ley de la producción es la eficiencia. Lo que vemos aquí es que en su punto más sensible, que es el de la generación de una nueva vida, el ser humano se ha hecho objeto de la técnica, ha dejado de ser mirado como persona. No es el momento de entrar en esto en profundidad, sino sólo de señalar que detrás de la técnica médica hay aquí una nueva mirada sobre el hombre, que se transforma en objeto de manipulación técnica sin otras reservas que las del consenso o la conveniencia social. La ciencia ha mostrado que no es neutra frente a la realidad humana, por el contrario: si no mira al hombre entero, lo desintegra. Si mira al hombre entero, todos los adelantos de la ciencia son benéficos, son positivos, son enriquecedores de la vida. Si mira a un hombre fragmentado, todos los adelantos son peligrosos, son ambiguos.

Como otro ejemplo, recordemos el empleo sistemático y masivo de los métodos químicos, hormonales, para regular la natalidad. Esto no es un mero asunto de eficacia técnica, sino que supone una manera distinta de mirar la unión conyugal, y por lo tanto una manera distinta de mirar al ser humano. De nuevo lo mismo, que en este caso fue denunciado de modo elocuente por Pablo VI en la *Humanae Vitae*².

La disociación tecnológica del aspecto unitivo y el aspecto procreativo en la relación entre el varón y la mujer, significa introducir un concepto nuevo de sexualidad, y por lo tanto de humanidad, y obliga a inventar una serie de criterios de valoración para las relaciones de los sexos que partan de la base de que el sexo, esa fuerza primordial de la naturaleza humana ha perdido su sentido básico y se ha disociado del

ejercicio integral de la vida personal. Se produce necesariamente una revolución de las relaciones sexuales. Lo que se llama una liberación sexual, o el sexo seguro no es más que el desprenderse del sexo de la integridad de la persona, de su responsabilidad, su inteligencia y su voluntad, y la provocación consiguiente de la desintegración en la noción misma de la persona.

En cada uno de estos casos, la voz de la civilización tecnológica nos habla de adelantos; la voz de la humanidad nos habla de distorsiones, de mutilaciones. Y este contraste se debe justamente a que hay una diferencia entre mirar al hombre como un objeto de cualquier posible modificación técnica que a él le parezca útil o deseable, y mirarlo como una criatura racional y libre que debería ser el señor de la técnica. El buen sentido dice que esta modificación de la mirada sobre el hombre entraña el más explosivo ingrediente en la vida social. Al cambiar así la noción de hombre, tiene que cambiar la sociedad, tienen que cambiar radicalmente las formas de convivencia social, y no podrán hacerlo sino en el sentido de hacer al hombre cada vez más esclavo de sus técnicas, cada vez en mayor medida un objeto elaborado por sus propias tecnologías. Esta tecnificación de lo reproductivo y lo sexual, es la antesala de la esclavización del hombre.

Estos dos problemas que hemos mencionado, el de la fertilización artificial y el de la sustitución del control voluntario de la vida sexual por un control químico u hormonal, son problemas de los últimos treinta años. El momento histórico tiene, sin embargo, otra dimensión que es la del futuro. Hay grandes problemas nuevos que están surgiendo en el horizonte. El problema de la manipulación genética ya es una realidad incipiente. El conocimiento del genoma humano es ya una realidad en este siglo XXI. La marcha del progreso científico y tecnológico es acelerada, vertiginosa a ratos. El buen sentido y la pasada experiencia nos dicen que todos esos adelantos pueden ser positivos, si se los aborda con una idea integral del hombre; pueden ser destructivos –y hasta un punto que no podemos ni siquiera imaginar– si se los aborda con una idea mutilada del hombre. Y por lo mismo, el solo anuncio de esos adelantos exige una reflexión metódica sobre ellos, sobre sus implicaciones para el destino humano. En suma, un gran trabajo intelectual anticipativo.

2. LA PERSONA HUMANA: MÁS QUE TODO MÉTODO Y MÁS QUE TODA CIENCIA

La palabra “misterio” es central en el cristianismo. Hablamos del Misterio de la Trinidad, del Misterio de la Encarnación, del Misterio de la Cruz. Pero al hablar así no lo hacemos sólo porque se trata de realidades que sobrepasan nuestra razón, sino por algo mucho más profundo. Al fin y al cabo, hay muchas cosas que no entendemos, cosas que guardan sus secretos y no las llamamos misterios en el mismo sentido de los que hemos mencionado.

En esos misterios de la fe, el hombre toca –por así decirlo– el mismo ser de Dios que se revela. Un misterio es una manera en que la fuerza de lo divino se le manifiesta al hombre–, no ciertamente a su análisis racional, sino requiriendo, exigiendo a la totalidad del hombre, reclamando su amorosa aceptación y su fidelidad.

Hablar entonces del “misterio de la vida” equivale a decir que la vida es “sagrada”, que ella tiene la realidad, la consistencia de las cosas en las que Dios se revela. Este carácter sagrado de la vida humana ha sido puesto de relieve innumerables veces por Su Santidad Juan Pablo II³. Lo que estamos diciendo es que la vida es sagrada, porque en ella se manifiesta, se revela, Dios mismo.

Pero ¿cuál es esa vida que es sagrada, que es modo de manifestarse del misterio de Dios, y que por esa manifestación se hace como fundamento de una nueva realidad?

A esa pregunta contestamos resueltamente que estamos hablando de la vida humana.

Ésta es una afirmación que en nuestro tiempo tropieza con fuertes resistencias, de parte de quienes quisieran que la vida humana fuera poco más que un dato biológico, o sociológico o psicológico, para ser manejado por la técnica y la ciencia. Muy de moda está ahora en Chile, en los ambientes médicos laicos, la definición del ser humano como un ser “biopsicosocial”.

Pero cada uno de nosotros al mirar hacia sí mismo sabe con certeza algunas cosas:

Todo ser humano aspira a la plenitud de la felicidad. Ya sea que se encuentre en la cumbre de la vitalidad y la alegría, ya sea que se halle sumido en el tedio o en el dolor, no puede vivir sin desear algo más, sin aspirar a ser más feliz. Nuestro corazón está siempre inquieto, incierto y dividido,

porque en cada recodo del camino presiente una plenitud que no tiene, experimenta un deseo de absoluto que lo lleva a buscar la relación con otros que tienen también un valor absoluto, y que lo lleva a buscar aun sin quererlo, a un Absoluto que está más allá de los demás hombres y mujeres, y en el que intuye que podría saciar su sed de ser feliz: *Fecisti nos ad Te Domine, et inquietum est cor nostrum donec requiescat in Te...* decía San Agustín.

En ese deseo de felicidad, reconozco lo absoluto de mi condición humana: porque nadie quiere ser feliz para algo; cada cual quiere simplemente ser feliz, ser más feliz que ahora, y cada vez, en cada nueva circunstancia se repite a sí mismo que quiere aquella felicidad que ahora no tiene.

Pero hay, además, algo que la más simple experiencia nos enseña. Todas las cosas que conocemos están en relación entre sí, pero el espíritu humano –único entre todas ellas– es en cierta forma todas las cosas, justamente por esa facultad de conocer, de conocerlo todo, por la que en el espíritu humano se recapitula, se refleja toda la grandeza de la obra de Dios. Hay un aspecto en el que percibimos que el alma humana es más grande, que todo el universo, porque es capaz de escudriñarlo todo, porque la mente humana es capaz de convocar, por una especie de acto soberano a toda la realidad para conocerla y juzgarla. Iluminado por esa misma luz, el hombre es capaz de amar, de actuar y de hacer, es capaz de encontrar la verdad y de adherir a ella por la libertad.

Si es verdad que cada uno de los hombres y mujeres es un valor absoluto, entonces no tiene nada de raro que la suprema realización del ser humano sea precisamente la relación con el otro, con su prójimo, que es también en cierta forma un absoluto, y que esa relación de encuentro sea el elemento decisivo de la vida humana. Y sabemos que esa relación de encuentro no puede ser auténticamente verdadera, sino en la medida en que ella me abra a la relación definitiva y fundamental con el Otro, con mayúscula. El absoluto de la persona humana, es como el signo del absoluto de Dios.

Esto significa que la vida humana está dotada de una especial dignidad, y esto lo sabemos del modo más natural y espontáneo. Esa dignidad no se inclina, no le cede, a ninguna de las obras del hombre. ¿Qué pensaríamos de una ciencia excelente, que pareciera perfecta, pero que

destruyera al hombre? Nos parecería detestable porque entendemos espontáneamente que el hombre es más, infinitamente más que todos los productos de su espíritu, que todas las ciencias que ha creado, que todos los objetos que entiende e imagina. Sería una actitud reduccionista la de someter la dignidad del hombre y hacer de este un simple objeto de la Biología, o de la Psicología o de la Sociología, o de cualquiera otra creación humana. El hombre es el autor de ellas, y en el núcleo mismo, habría una contradicción en someter al autor al dominio, al juicio de sus propias creaturas.

Pero –y eso es obvio, pero siempre olvidado– esta realidad de la persona se da en un cuerpo, sometido a todas las leyes que investigan las ciencias. Es mucha la gente que quisiera mirar al cuerpo como un instrumento, como una especie de máquina con la cual yo puedo hacer lo que quiero, porque lo que haga con él no me compromete a mí, no compromete el núcleo mismo de mi persona. Y eso es un trágico error: somos en un cuerpo, y todo lo que hagamos en él nos compromete enteros.

Esas afirmaciones que se desprenden de una consideración puramente racional de la dignidad humana, reciben una confirmación, y una nueva luz por la Revelación de Jesucristo.

Eso es lo que recalca el Concilio Vaticano II al hablar de “el hombre, única criatura terrestre a la que Dios ha amado por sí misma”, con palabras que ponen a lo humano en un sitio absolutamente especial. O la afirmación que el mismo Cristo hace en San Juan, “*dioses sois*”.⁴

En la fe conocemos cuál es la verdadera raíz de esta misteriosa grandeza del ser humano. Con palabras del Concilio, “sólo en el misterio del Verbo Encarnado se empieza a aclarar el misterio del hombre”.⁵ La realidad misteriosa del hombre recibe su luz de que en ella se manifiesta en forma perfecta, en que es como el lugar escogido para la más admirable de las obras de Dios, la más adorable de sus manifestaciones que es la Encarnación del Verbo de Dios.

Así, lo que la inteligencia podía saber sobre el hombre, se ve afirmado y sobrepasado más allá de toda medida imaginable por la acción de Dios que se revela a Sí mismo.

La fe nos muestra que la vida humana es más que digna, es sagrada porque es en ella donde ha escogido revelarse el misterio de Dios. La Revelación de Jesucristo nos dice que no

nos hemos engañado al pensar bien, al pensar altamente el hombre.

Basta con mirar en torno a nosotros para darnos cuenta de que esa es una verdad que es urgente proclamar, porque este siglo que vivimos, tan rico en maravillosos progresos, tan fuerte para abrir nuevas perspectivas, para aliviar sufrimientos, para procurar placeres, es sin embargo un siglo que ha pensado y que piensa bajamente del hombre. Cuantas veces se lo mira como a una creatura sin trascendencia y sin sentido; un individuo para ser movido por la propaganda, para que sean halagados sus sentidos, para ser explotado o burlado, un mero instrumento del poder, y no sólo del poder brutal de la fuerza, sino de ese otro poder sutil que infiltra la sociedad inspirando valores antihumanos. Cuantas veces se piensa en el cuerpo como en una simple máquina, de tal forma que basta con que mis intenciones sean buenas para que el uso que le dé sea legítimo.

Cuando decimos que la vida humana es sagrada, y que queremos partir de allí, estamos afirmando que en todas nuestras consideraciones médicas, biológicas, psicológicas que se refieran al hombre, tenemos que partir del carácter absolutamente único, irreductiblemente único del ser humano, que en su condición espiritual y corporal está abierto a la relación con Dios y con los otros. La persona humana es como la cumbre desde la cual miramos todos los aspectos biológicos, médicos, psicológicos del hombre, y sabemos que esa perspectiva enriquece nuestra mirada sobre cada uno de esos aspectos. La perspectiva, la mirada, no cambia por cierto un hecho biológico: este sigue siendo el mismo; pero lo presenta bajo un ángulo distinto, con una significación diferente, revela cuál es su modo de inserción en la realidad global y nos permite determinar las condiciones bajo las cuales es lícito y positivo utilizarlo.

3. DIGNIDAD DEL EMBRIÓN HUMANO

3. 1. ¿Qué es un embrión humano?

La respuesta a la pregunta ¿qué es un embrión humano?, es casi engañosamente simple. Es un organismo de la especie humana⁶. Pero para entender esta respuesta en sus implicaciones hay que clarificar los términos.

Un organismo es una unidad discreta, una entidad biológica que se distingue claramente

de su medio, del cual lo separa una capa más o menos complicada de estructuras que vienen a constituir el límite o borde del organismo. Para una ameba, serán la membrana celular y el glicocalix, para un mamífero, el revestimiento de piel y de mucosas. Todo organismo tiene un borde, y a través de este borde el organismo intercambia con el medio materia y energía. El borde que delimita la unidad discreta circunscribe un sistema termodinámico, que recibe del medio materia y energía y se las entrega transformadas a él, o sea delimita lo que se podría llamar un sistema dinámico físico químico abierto y de composición muy compleja.

Lo que es fundamental tener en cuenta es que todos los organismos se caracterizan por una trayectoria de desarrollo⁷, de complicación, de autoorganización, la cual sigue un curso que es perfectamente previsible. Cuando se habla aquí de "trayectoria", se está aludiendo a un proceso que es continuo. Lo que significa que cualquier evento visible o detectable, se inicia realmente con antelación. Por ejemplo con la síntesis de las especies químicas que participarán en él: es evidente, tanto en las ciencias experimentales como en las experienciales que toda variable, en un proceso de desarrollo, se apoya necesariamente en una constante que le da dirección y sentido, sin la constante la variable sería verdaderamente caótica. En otras palabras, el individuo humano se constituye por la interrelación integrada de todo lo que él es y no sólo por su DNA. En la actualidad, sabemos que los genes son los elementos que definen la herencia. Sin embargo, como hemos visto recién, existen muchos elementos celulares citoplasmáticos que contienen las informaciones que dirigen, reprograman e incluso interpretan la información contenida en los genes. No heredamos solamente genes, sino una amplia gama de flujos moleculares que modulan y dirigen la información genética. Estos flujos son capaces de hacer que un núcleo de célula somática con cierta diferenciación terminal pueda direccionarse a otro estado. Más aún, nos dice Rodrigo Guerra: "Existen elementos maternos que influyen en la determinación de los fenotipos. De ahí que exista en la actualidad la opinión generalizada respecto a lo que no son sólo las informaciones del cigoto las que lo "constituyen", sino que durante un cierto tiempo se despliega un proceso en el que los elementos, provenientes de la madre colaboran a la constitución de lo que eventualmente

será propiamente el programa de desarrollo. Un ejemplo a este respecto es la función de la hormona T4. Esta hormona regula la expresión de los genes del embrión que son esencialmente para el desarrollo del sistema nervioso. Sin ella, por más que se tenga un código genético completo, éste no se expresa de la manera adecuada y por ende no cumple su función plena de *programa de desarrollo*⁸. En otras palabras, *el DNA del embrión no transporta toda la información programática necesaria para el desarrollo*. La información está contenida en una red compleja de interacciones del conjunto celular que incluyen al genoma pero que no están limitadas por él.

Si observo un organismo de una especie determinada en un momento dado de su vida, puedo prever cuál será su estado en un instante posterior. Nos interesa destacar que este fenómeno universal en los organismos animales de autoorganización ordenada y de curso predecible deriva directamente de que sus componentes químicos tienen formas y propiedades que están especificadas con alta precisión, poseen entonces lo que se llama un "alto grado de información", y desenvuelven sus reacciones de interacción química dentro de los límites establecidos por un borde. Todas estas propiedades son comunes a los organismos desde el primer instante de su constitución hasta la disolución del sistema termodinámico en la muerte.

Claramente este sistema empieza con la penetración del espermatozoide en el oocito. Es en ese instante en el que se generan en el espacio confinado por la membrana celular, las cadenas continuas de reacciones químicas coordinadas entre los componentes paterno y materno que caracterizan el desarrollo. Inmediatamente antes de ese instante, hay dos células independientes, el espermatozoide y el óvulo, que no están circunscritas por un borde común y que tienen destinos o trayectorias propias, enteramente distintas de la que se hará presente en el óvulo al ser fertilizado. Inmediatamente después tenemos un organismo en evolución.

Pero además, e insistiendo un poco sobre el desarrollo del huevo fecundado, él es claramente un organismo de la especie humana. El más simple de los estudios de sus cromosomas así lo acredita, y más todavía lo acredita su trayectoria normal de desarrollo que a través de distintas etapas lo lleva a la adultez y la muerte.

Además, cada embrión es un sistema dinámico en el cual se combinan de manera única por lo menos dos tipos de componentes: los que constituyen sus genes, y los que forman el resto de los componentes celulares, en el caso del cigoto, el citoplasma. Por razones que se entienden bien desde el ángulo fisicoquímico, estas peculiaridades determinan trayectorias de desarrollo diferentes, aun en el caso de los gemelos univitelinos. Por eso, en cualquier estado de su desarrollo el embrión es un organismo humano único, distinto de todos los otros de su especie que se hallen en estado comparable de evolución.

Todo esto vale entonces desde el momento de la fecundación. Desde luego que no hay ninguna razón sólida para pensar que un embrión es menos un organismo humano antes de la implantación en el útero que después de ella: los famosos catorce días del informe Warnock son un plazo absolutamente convencional y dictado por razones más bien interesadas, pero sin base conceptual que resista el análisis. Los eventos de la fecundación son muy rápidos⁹; a los pocos minutos de penetrado el espermatozoide, se inicia un juego recíproco entre sus componentes y los del óvulo para dar inicio a un proceso enteramente nuevo: así, el centriolo del espermatozoide gobierna los movimientos de la primera división del huevo, los productos del citoplasma ovular ayudan a descondensar la cromatina del espermio, la síntesis de ADN y la transcripción de genes aportados por el espermatozoide pueden comenzar antes de que se fusionen los pronúcleos, etc.¹⁰ Los componentes de las que fueron dos células trabajan ahora armoniosamente como partes de una sola: se ha iniciado la trayectoria (en el sentido de trayectoria en el espacio de fases de un sistema físico-químico), propia de un organismo.

3.2. ¿Desde cuándo el embrión es considerado un ser humano?¹¹

Puesto de otro modo, ¿desde cuál momento tiene el mínimo derecho, que es el derecho a la vida?

Pensemos por un momento en este concepto tan peculiar de "derecho a la vida". La propia existencia no es una cosa a la que uno tenga un derecho que sea de la misma especie que todos los demás. No tengo derecho a la vida en el mismo sentido en que tengo derecho

a ser propietario o a expresarme libremente. El "derecho a la vida" es más bien el fundamento o condición de todos los posibles derechos y bienes. Ahora bien, ciertamente que cuando morimos de muerte natural, no está violado nuestro derecho a la vida, como en cambio lo estaría si nos asesinaran. Por eso preferiríamos ahora hablar, más que de mi derecho a vivir (que puede ser una expresión vacía de contenido), del deber que tienen todos de respetar y aun de promover mi vida. Y entonces la pregunta es: ¿Desde cuándo existe ese deber respecto del embrión? Dicho de otro modo ¿desde cuándo hay que tratarlo como a una persona?

Pero las funciones de relación humanas aparecen también gradualmente, en trayectorias de desarrollo, y no está nada claro por qué –si el organismo es un sistema en desarrollo, (y eso lo es siempre)– se habría de preferir algún momento especial de madurez funcional y no por ejemplo el de algún fenómeno de determinación que sea irreversible. Se ha hablado entonces del instante de la aparición de las primeras neuronas, pero no queda claro qué cosa podría tener de especial este último fenómeno para darle la preferencia sobre la aparición del primer esbozo del sistema nervioso en el tubo neural el cual aparece como una diferenciación en un organismo humano ya constituido y que se halla irreversiblemente comprometido al desarrollo de un sistema nervioso humano, y cuyo origen primero hay que buscarlo en último término mucho más atrás en el mismo comienzo de la evolución del embrión. Uno puede decir con perfecta propiedad que –desde el momento en que existe un embrión humano– se hallan en alguna fase de su desarrollo las funciones de relación que le son propias. Da la impresión de que cualquier punto que se escoja para decir "aquí, en este momento, se inicia el desarrollo de las funciones de relación" es completamente arbitrario, y refleja el deseo de encontrar un punto de discontinuidad más bien que la existencia de la tal discontinuidad.

Investigar sobre el inicio biológico o genético de la vida del ser humano significa individuar el momento preciso en el cual los gametos humanos (el óvulo y el espermatozoide) son un embrión humano. Antes de ir adelante hay que hacer esta aclaración y precisación: Las células germinales humanas son "vida humana" si bien no todavía vida de un nuevo ser humano. Terminada esta aclaración volvamos a la pregunta ¿Cuándo los dos gametos son un ser

humano? en otras palabras ¿cuándo los gametos cambian su naturaleza? O también: ¿cuándo se constituye biológicamente y genéticamente el ser humano? La respuesta es “en el momento de la fertilización”, aunque esta respuesta es fuertemente rechazada, a la luz de los últimos descubrimientos que demuestran que la fecundación no es un acontecimiento simple, instantáneo o estático, sino un proceso dinámico y complejo que se desarrolla en el tiempo (alrededor de 24 horas), desde el momento de la penetración del espermatozoide en el óvulo hasta cuando alcanza el estadio de “singamia” (o sea, el momento de la fusión completa de todos los cromosomas de las células germinales).¹²

Las preguntas que se nos hacen son ¿la célula en “presingamia” es ya un ser humano genéticamente y biológicamente? ¿la fertilización coincide con la penetración del espermatozoide en el óvulo o con la singamia (es decir, con el inicio y el final de ese proceso)? Es una cuestión relevante en bioética porque se trata de valorar la importancia ético-jurídica de la fertilización. Dos son las tesis contrastantes: 1) La tesis de quien sostiene que el ser humano sea ya biogenéticamente constituido desde el momento de la penetración del gameto masculino en el gameto femenino y la tesis opuesta. 2) Quien argumenta la presencia del ser humano sólo desde el momento de la singamia. Esta última tesis representa ya un intento de postergación del inicio de la vida del ser humano respecto del momento inicial de la vida humana, o sea el momento del inicio del proceso de la fertilización.¹³

Los principales argumentos a favor de la tesis que sostiene el inicio del ser humano en el momento de la penetración del gameto masculino en el gameto femenino se pueden resumir en las siguientes consideraciones:

- La pérdida de la identidad separada del espermatozoide en el momento en que es incorporado en el óvulo constituyendo una única célula singular unificada (en el momento de la penetración las membranas de las respectivas células se abren y ponen en común el material genético, iniciando una intensa actividad de mezcla y de interacción).
- La observación científica del inicio de la constitución y de la determinación de la identidad genética.

- Y finalmente, la adquisición por parte de la célula huevo fertilizada, de la “nueva capacidad” de organizar todas las fases del desarrollo sucesivo de la vida humana.¹⁴

En este sentido, la *singamia* no constituiría nada nuevo (por lo que se refiere a la estructuración genética). Sería sólo un momento más del proceso ya iniciado anteriormente.

Sabemos con certeza, nos dice Jérôme Lejeune, que toda la información que definirá a un individuo, que le dictará no sólo su desarrollo, sino también su conducta ulterior, de ahí que sabemos que todas esas características están escritas en la primera célula. Y lo sabemos con una certeza que va más allá de toda duda razonable, porque si esta información no estuviera ya completa desde el principio, no podría tener lugar. Efectivamente, ningún tipo de información entra en un huevo después de su fecundación (...) Esa pequeña “mora” que anida en la pared del útero, es ya diferente de la madre, ya tiene su propia individualidad y, lo que es difícil de aceptar, ya es capaz de dar órdenes al organismo de la madre. Este minúsculo embrión, al sexto o séptimo día, con tan sólo un milímetro y medio de tamaño, toma inmediatamente el mando de las operaciones. Es él y solo él, quien detiene la menstruación de la madre, produciendo una nueva sustancia que obliga al cuerpo amarillo del ovario a ponerse en marcha, fuerza a su madre a conservar su protección. Ya hace de ella lo que quiere ¡y Dios sabe que no se privará de ello en los años siguientes!¹⁵

Las siguientes características fundamentan el hecho de que desde la fecundación existe un individuo de la especie humana:

Novedad biológica, al unirse la información de las dos células germinales para dar lugar al cigoto como ser biológicamente único e irrepetible (hay que decir a este respecto que incluso los gemelos no son exactamente iguales biológicamente).

Unidad, ya que el genoma actúa como centro organizador del desarrollo del nuevo ser.

Continuidad, siendo el proceso de desarrollo un continuo desde la fecundación a la muerte.

Especificidad, ya que el genoma del cigoto pertenece a la especie *homo sapiens*.

Autonomía, ya que el genoma del embrión actúa de forma autónoma para dirigir el desarrollo (se entiende que la autonomía no es absoluta, hay interacción con el útero de la madre).

Capacidad de relacionarse y unirse, que varía con el desarrollo: interacción con el útero, comunicación, sexualidad.

En este sentido se ha creado, socialmente, una gran confusión sobre el estatuto del embrión. Para distanciar conceptualmente el aborto y la selección con la eliminación de embriones respecto de la muerte de un ser humano; se ha introducido la idea de que el embrión no es un individuo humano y además se ha realizado una clasificación entre embrión y preembrión para justificar la manipulación de los primeros días del desarrollo, cuando en realidad se trata del mismo ser, con la única diferencia de su estado de desarrollo. Se cuestiona particularmente la unidad (ser uno solo) y unicidad del embrión (ser único e irrepetible).

En contra de lo expuesto hay algunas objeciones teóricas y prácticas por parte de G.R. Dunstan,¹⁶ S. Buckle, K. Dawson y P. Singer¹⁷ que ponen en duda la identidad genética y biológica del ser humano en la primera fase de la formación del cigoto. Las argumentaciones se pueden sintetizar de la siguiente manera: Del proceso del fenómeno se deduce la *no identificabilidad de la existencia de un individuo* (o de una identidad humana). De la posibilidad de distinguir el material genético del espermatozoide en el óvulo (aunque la cola y la membrana del espermatozoide son absorbidos), se infiere la *negación de la unidad de la célula en pre-singamia*.¹⁸ Esto es, se trata del fenómeno del cigoto (en esa fase) con 69 cromosomas, en vez de 46 cromosomas (número característico de la especie humana) cuando son dos los espermatozoos que fecundan el óvulo y es posible un rechazo por parte del material genético.

El argumento que niega que el preembrión (los primeros 14 días del desarrollo) sea ser humano está basado en los siguientes hechos biológicos: 1) *La dificultad del proceso de implantación*, crítico para el desarrollo; la división celular del cigoto no siempre resulta en un embrión viable, hay un alto porcentaje que no se desarrolla por causa de fallos en el proceso de implantación. 2) *El preembrión se encuentra en estado de dependencia genética*, necesita de información externa para poder desarrollarse. 3) *las células del preembrión poseen plena capacidad de desarrollo* debido a que no están diferenciadas y son capaces de desarrollarse tanto como células fetales como extraembrionales, dependiendo de información

externa, de tal manera que no todas las células se convierten en el embrión. Se plantea a su vez la cuestión de si las células totipotentes del embrión pueden ser manipuladas, ya que puede ocurrir que no tengan aun definido su destino en cuanto a ser precursoras del embrioblasto que formarán las células de la masa interna o del trofoblasto (placenta); así mismo, las células de la masa interna, unas dan lugar al epiblasto y éstas al disco embrionario o embrión propio y otras originan el hipoblasto que producirá las estructuras extraembrionarias (saco vitelino, etc). 4) *La posibilidad de formación de gemelos antes de la implantación* o de quimeras postcigóticas por unión de embriones, lo que pone en cuestión la individualidad del preembrión; de esta manera se trata de decir que no es un ser humano individual¹⁹.

Cabe señalar, respecto de estos cuestionamientos, que el proceso de desarrollo de toda vida humana, se dan con la misma necesidad una constante y una variable, esto es un canon y un régimen de vida. La constante está definida por el hecho de que la persona es siempre la misma, no tiene muchos "yos" a lo largo de toda su vida, existe un único "yo" o persona, no obstante las inclemencias a las que el tiempo somete a la carne humana. La variable lo constituye el proceso de desarrollo biológico que desde que inicia camina hacia su muerte, por lo tanto, no hay nada más que dos interrupciones en dicho proceso, *la fecundación en cuanto inicio y la muerte en cuanto fin*.

"El proceso no anula la individualidad ni la identidad del ente que forma parte del proceso: el proceso indica la sucesión secuencial de estados de desarrollo en el tiempo".²⁰ No obstante, *el que exista un proceso no significa la negación de la presencia de un individuo* y de un sujeto con su propia identidad, por ejemplo, la infancia también es un proceso y todo el ser humano hasta su muerte es un proceso, basta mirar las fotografías de la propia historia.

Entonces, reformulando la pregunta: ¿Cuál es el trato debido a un organismo que tiene tantas probabilidades de ser efectivamente una persona? Cuando hay algo muy grave que está en juego –como ser la vida de alguien– la menor incerteza plantea un problema moral, y por eso respondemos que ante cualquier mínimo grado de incertidumbre, se le debe al embrión el respeto que se le debe a una persona. Podemos afirmar claro está que el embrión es siempre un

organismo humano y nos parece entonces que no hay ninguna evidencia científica que sea suficiente para negarle la condición de persona. Y eso tiene una importancia práctica decisiva para decidir sobre el trato que le debo dar.

Pero la observación del mundo biomédico de hoy muestra un creciente desarrollo de acciones destructivas contra embriones y fetos: la manipulación embrionaria, el aborto, para no hablar del infanticidio, muestran a las claras que estos organismos humanos son tratados como cosas, y de ningún modo como personas. Si no hubiera otras pruebas, la atroz injusticia legal de la destrucción reciente de tres mil organismos humanos en Gran Bretaña, serviría para ilustrar cómo el desdén por las personas se ha hecho parte de nuestras legislaciones.

¿Qué significado tiene entonces que se le niegue al embrión el derecho a vivir? Contestamos: en el estado actual de nuestros conocimientos, no significa tanto que se pueda estar seguro de que el organismo embrionario no es una persona, cuanto que no existe un respeto adecuado a la persona humana. No significa tanto que haya dudas sobre el "status" del embrión, como que hay desdén por el hombre.

La postura tolerante frente al aborto o a la experimentación o manipulación de embriones, no sería pues posible sin un trasfondo de menosprecio a la persona humana en general. Es paradójico que esa postura sea muy difícil de conciliar con las principales corrientes en las que se nutre la ética contemporánea.

Esta perplejidad emerge en un mundo práctico, racional, inspirado por el positivismo y las ciencias naturales, para el cual la realidad es en cierto modo homogénea, y no presenta por supuesto elementos dotados de una peculiar dignidad. En otra parte hemos señalado cómo el propio conocimiento científico de la psique humana ha erosionado la experiencia del "yo", al subsumirla en el juego de las leyes naturales, y ha contribuido a desplazar el yo "fuerte" del hombre para reemplazarlo por un "yo" débil, del estilo postmoderno, el que ya no dice "yo pienso" sino "se piensa".

La relativización y la trivialización de la vida humana, la reducción de la persona a la categoría de objeto entre los objetos, la supresión de su carácter único e intangible, es en realidad la supresión de la manifestación por excelencia de Dios a los hombres y por lo tanto, una verdadera negación de Dios.

No es entonces de extrañar que ese llamado vehemente a una conversión social que es la Encíclica *Evangelium Vitae*, se encuentre como centrada en el mandamiento de "no matarás". Este marca ciertamente la cota mínima del amor cristiano. Pero allí donde se lo ignora y desprecia, toda vida espiritual y social termina por corromperse.

4. LA DIGNIDAD ES CONSTITUTIVA DESDE LA CONCEPCIÓN HASTA LA MUERTE

Cuando hablamos de la "dignidad humana", nos parece que hay un elemento central que no puede ser sometido a comparación, que no reconoce propiamente gradación. Ningún ser humano puede estar sometido a nuestro arbitrio. Hay algo en mí y en cada uno de los hombres y mujeres, que le es propio, y de lo cual nadie puede disponer. Nadie puede estar a disposición de otro como lo está el instrumento a la del operario. Esa condición del ser humano, es su dignidad. Todas las cosas pueden ser transables. Todas las cosas tienen precio; pero el hombre tiene dignidad.

Esa dignidad propia del hombre no existe en grados diversos. Sería absurdo decir que los hombres son más o menos explotables, más o menos usables, como se pueden usar las cosas en general. Esa dignidad "nuclear" o fundamental, se tiene o no se tiene. No puede haber hombre que no la tenga. Ella se adquiere con la existencia y se pierde con la muerte.²¹

Ser persona no es algo agregado, no es una cualidad o característica del ser humano: es la manera que tiene el ser humano de existir, de ser. La dignidad no está pues ligada a las cualidades morales, físicas o intelectuales del ser humano, sino simplemente a que este es, al hecho de que como individuo de la especie humana tiene un lugar absolutamente especial en la creación.

Parafraseando a Faggioni, el valor de la vida humana no deriva de aquello que un sujeto hace o realiza, sino simplemente de su existencia con su *ser constituido en relación con Dios*; la raíz del valor de la inviolabilidad de toda vida humana está últimamente en Dios. En consecuencia, sea joven o adulto, sano o enfermo, embrión o neonato, genio o idiota; el valor de todo ser humano es totalmente independiente de la cualidad de sus prestaciones

y de su vida; lo que verdaderamente cuenta es su ser en relación con Dios.²²

Mientras que toda relación con el otro es reveladora de mi ser persona, *la relación con Dios es constitutiva de mi ser persona*. Cada uno de nosotros existe como persona porque su ser está en relación con el misterio trascendente del Ser. Si bien es verdad que cada uno de nosotros se humaniza en el momento en que viene acogido en una red de relaciones interhumanas, es también verdad que la acogida por parte del otro no constituye a la persona en su ser y en su valor. El otro no me atribuye ser y valor, sino que lo reconoce, porque mi ser y mi valor están constituidos por mi relación con la alteridad fundante, con Dios.²³

La condición consciente del ser humano, nos dice F. Rielo, no acaece con el tiempo, ni con el desarrollo o madurez biológicas, ni con el cúmulo de experiencias; antes bien, la persona humana es un ser consciente, intelectual, volitivo y libre desde el primer momento de su concepción. Otra cosa es el ejercicio experiencial de la consciencia y de la libertad con sus dos funciones de la inteligencia y de la voluntad en su complejidad psicosomática sometida al desarrollo y madurez en el tiempo biológico. El ser humano posee, no obstante, vivencia primordial de su consciencia y de todo lo que le constituye como persona desde el momento de su concepción, y es esta vivencia primordial, trascendente, la que está presente en toda experiencia vivencial y experiencial en el desarrollo integral durante su vida en este mundo.²⁴

Esta afirmación se apoya en la definición de persona, que da F. Rielo, desde su personal experiencia mística: definición mística del hombre.²⁵ El “yo inhabitado por Dios”, nos sigue diciendo F. Rielo, contiene en sí estos factores determinantes de unidad mucho antes de las primeras experiencias fácticas que acuden a nuestro recuerdo. La primera experiencia, en el sentido más absoluto, no es la experiencia que le pudiera derivar al embrión del mayor o menor desarrollo de su sistema nervioso o de sus sentidos, sino la experiencia de Dios, la divina presencia constitutiva, que deja a ese embrión en un estado relacional y dialogal hasta su muerte, convirtiéndolo en persona. Esta divina presencia constitutiva deja al embrión en un estado de ser, forma de ser, y razón de ser de tal manera que forman su consciencia. Le es inherente al ser humano ser alguien

con consciencia de Alguien. Ese estado de ser, consciencia de Alguien, le acompaña toda su vida, él sabe, aunque sea balbucientemente, que este mundo no es su *habitat*. Nuestro “yo”, genetizado ontológicamente por la divina presencia constitutiva, es antes que nuestra efectiva capacidad del recuerdo, de nuestra memoria, de nuestra imaginación, de nuestros sentimientos, de nuestros afectos, y, cómo no, de nuestra cultura, de nuestra educación, de nuestras formas de pensar y de actuar, de nuestros conocimientos científicos²⁶:

“Hay que preguntarse, supuesta mi concepción genética de la metafísica, cómo adviene la persona humana. La respuesta es precisa: la persona humana, supuesto el elemento creado de su naturaleza –cuerpo, alma y espíritu–, aparece constituida inmediatamente por las personas divinas y no por una noción diferente, ajena a éstas, en tal grado ontológico que la deidad mística de la persona humana participa inmediatamente de la divinidad constituida por las personas divinas; en este sentido, la persona humana no puede ser definida por otra noción diferente. La relación de la persona humana procede inmediatamente por la presencia constitutiva de las propias personas divinas. La primera manifestación, entre otras muchas de carácter fundamental, es la siguiente: la persona humana es mística transcendencia de la divina transcendencia, místico a priori del divino a priori, místico dogma del divino dogma. El llamado término dogmático tiene para mí el significado del carácter inmutable de su constitución en tal grado que carece de variables. El enunciado es exacto: somos mística constante de la divina constante.”²⁷

Este es el centro, la esencia de toda la dignidad del ser humano, eliminado este carácter deitático del ser humano, éste se nos queda en una especie de homínido muy desarrollado, cuya definición, tan de moda en este momento, sobre todo en nuestro país de Chile, sería la de un animal *biopsicosocial* que es lo mismo que decir “*un ser para el cementerio*”. Se pretendería, entonces, explicar la libertad humana, así como todas las estructuras y operadores, genéticos ontológicamente, desde la extraordinaria complejidad de una psicología, que por definición, es *un complejo de funciones variables*, todas sujetas a posible y necesaria modificación, en razón de las necesidades una visión más honda, otorgada por una consciencia moral, sin la cual la psicología es ciega. Se nos podría objetar que

también la moral sin la psicología se vaciaría. Respondemos que la psicoética resultante de la imbricación de estas dos ciencias, descansa en la ontología o mística, otorgada al ser humano desde el primer instante de su concepción por la divina presencia constitutiva del Acto Absoluto en el creado espíritu humano.

Las funciones sicosomáticas, sus contenidos de experiencias acumuladas, su objetivación en la historia y en la cultura, están sometidas al proceso del conocimiento, cuya experiencia se obtiene a la par que se da el desarrollo y madurez de su función biológica, de su función psicológica,

de su función social, en las que intervienen las circunstancias educacionales y ambientales²⁸.

Cristo da al ser humano la más hermosa definición que jamás se halla dado de la persona y su dignidad: Dioses sois (Jn 10,32) No divinidades, Divinidad es Él, el ser humano es una deidad, debido a la divina presencia del Sujeto Absoluto en el espíritu de todo ser humano, de ahí su linaje, su dignidad: hijo de Dios y si hijo también heredero. Todo hombre, entonces, es sagrado para todo hombre, pues todos, sin excepción tienen la misma dignidad.

NOTAS

1. "A cada ser humano, desde su concepción hasta su muerte natural, se le debe reconocer la dignidad de persona. Este principio fundamental, que expresa *un gran "sí" a la vida humana*, debe ocupar un lugar central en la reflexión ética sobre la investigación biomédica, que reviste una importancia siempre mayor en el mundo de hoy". CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. Instrucción *Dignitas Personae*, Roma, Città del Vaticano, 15 Diciembre 2008, p. 1.
2. SS. Pablo VI, *Humanae Vitae*. Encíclica sobre la regulación de la natalidad, 25-VII-1968, 16ª edición, Ediciones Palabra, Madrid, 1992.
3. SS Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*. Carta Encíclica sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana. ED. San Pablo. Santiago de Chile, 1995. Ver también CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Instrucción *Donum Vitae*, el 22 de Febrero de 1987, "Sobre el respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación", Ciudad del Vaticano. Roma.
4. Jn, 12, 32.
5. CONCILIO VATICANO II, Constitución *Gaudium et Spes*, Parte I, Cap. 1, "Dignidad de la persona humana" N° 22. Octava Edición. Ed. San Pablo, Santafé de Bogotá, D.C., p. 151.
6. VIAL CORREA J. de D. and DABIKÉ MONICA, *The Embryo as an Organism In "Identity and Statute of the Human Embryo. Proceedings of the third Assembly of the Pontifical Academy for Life*. Eds. Juan de Dios Vial and Elio Sgreccia *Libreria Editrice Vaticana*", 1998, pp. 317-331.
7. SAUNDERS PETER, T. *The Organism as a Dynamical System. In "Thinking about Biology. An Invitation to Current Theoretical Biology*. Editors Wilfred Stein and Francisco J. Varela. Lecture Notes Volume III Santa Fe Institute. Sciences of Complexity" Addison Wesley, 1993, pp. 41-63.
8. GUERRA LÓPEZ, R. *Hacia una ontología del embrión humano*. En *Biofilosofía, Biología del desarrollo e Individuación humana*, versión 2. Congreso Internacional en la Ciudad del México, 2005. Art. publicado por La Asociación Española del Personalismo, p. 3. Citado por A. RODRÍGUEZ GUERRO, *La persona en edad embrionaria*, en "Ars Medica" n° 16, Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile, 2008, p. 117.
9. MENEZO Y., RENARD J. P. *The life of the egg before implantation. In "Reproduction in Mammals and Man*. Thibaut Ch., Levasseur Marie-Claire, Hunter R.H.F eds, *Ellipses ed.*, 1993, pp. 349-363.
10. YANAMIGACHI R. *Mammalian Fertilization I*, In "The Physiology of Reproduction" Raven Press, 1988, pp. 135-185.
11. Algunas notas de este apartado se encuentran publicadas en las siguientes obras: A. RODRÍGUEZ GUERRO, *La persona en edad embrionaria* en "Ars Medica" Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 16, Santiago de Chile, 2008, pp. 107-146. También en J. DE DIOS VIAL CORREA y A. RODRÍGUEZ GUERRO, *La dignidad de la persona humana desde la fecundación hasta su muerte* en ACTA BIOETHICA, Organización Panamericana de la Salud "Fundamentación de la bioética" Año XV - N° 1- 2009, pp. 55-64. Ver también JUAN DE DIOS VIAL CORREA y A. RODRÍGUEZ GUERRO, *El embrión humano, uno de nosotros*. en "Ars Medica" n° 17, 2008.
12. Cfr. PALAZZANI, L. *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 1996, p. 3: "Va dicho que en la literatura en general (y también en la literatura científica) no hay acuerdo sobre el modo de entender la singamia: para algunos esta coincide con la alineación de los cromosomas, para otros cuando inicia y termina la fusión del material genético y para otros cuando tiene inicio la división mitótica".
13. Cfr. Ibi. p. 44. Ver también RODRÍGUEZ YUNTA, E. *El estatuto del preembrión humano* en "Ars Medica", vol. 1 n° 1 PUC Chile, pp. 98-108.
14. L. PALAZZANI. Op. cit., pp. 44-45.
15. C. LEJEUNE y J. LEJEUNE, *El amor a la vida*. Ed. Palabra, Madrid 1999, pp. 47-48.
16. G.R. DUNSTAN, *The ethical dilemmas*, en COMMONWEALTH OF AUSTRALIA, *Senate selec Committee on the Human Embryo Experimentation Bill 1985* (official Hansard Report), Commonwealth Government Printer, Camberra 1986, p. 635. Las palabras de Dunstan son las siguientes: "if conception is

- a process, not an event (...) then one cannot assume the existence of an individual, a human identity, at this stage". Citado por PALAZZANI L. op. cit., pp. 44-45.
17. S. BUCKLE, K. DAWSON, P. SINGER, *The syngamy debate: when precisely does a human life begin?*, en P. SINGER (Edic.), *Embryo experimentation. Ethical, legal and social issues*, Cambridge University Press, Cambridge 1990, pp. 213-225.
 18. Ibid, pp. 218-219.
 19. Cfr. BEDATE, C.A. Y CEFALO, R.C., "The Zygote: To Be or not Be a Person," *Journal of Medicine and Philosophy*, n° 14, 1989, pp. 641-645, p. 642 Ver también RODRÍGUEZ YUNTA E., *El estatuto del preembrión, una perspectiva biológica* en "Ars Medica" N° 1 Vol 1 PUC, Santiago de Chile, 2001, pp. 99-108.
 20. PALAZZANI, L. Op. cit. p. 45.
 21. VIAL CORREA, J. DE DIOS y RODRÍGUEZ GUERRO, A. *La dignidad de la persona humana. Desde la fecundación hasta su muerte*. En Acta Bioethica, Organización Panamericana de la Salud "Fundamentación de la bioética" Año XV - N° 1- 2009, p. 57.
 22. FAGGIONI, M. *La qualità della vita e la salute alla luce dell'antropologia cristiana* en "Qualità della vita ed etica della salute. PAV Ed. Librería Editrice Vaticana 2006, p. 28. Ver también B. DE ANGELIS, *La divinizzazione dell'uomo in Massimo il Confessore*. En "Divus Thomas" n° 42, 3/2005-Año 108°; *La dignità della persona umana e l'ambiente divino*. Ed. Studio Domenicano. Bologna 2005, pp. 65-80.
 23. Cfr. FAGGIONI, M. *La qualità della vita e la salute alla luce dell'antropologia cristiana* en "Qualità della vita ed etica della salute. PAV Ed. Librería Editrice Vaticana 2006, p. 28.
 24. Cfr. F. RIELO, *Filosofía Sicoética* en Mis meditaciones desde el modelo genético. Ed. F.F.R. Madrid, 2001, pp. 134-135.
 25. Cfr. F. RIELO, *Definición mística del hombre y el sentido del dolor humano* en Mis meditaciones desde el modelo genético. Op. cit., pp. 143-187.
 26. Cfr. F. RIELO, *Concepción genética del método (inédito)*.
 27. F. RIELO, *La persona no es para sí ni para el mundo* en "Hacia una pedagogía prospectiva" Ed. F.F.R. Madrid, 1991, pp. 93-94.
 28. Cfr. RIELO, F., Ibid.

O ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DO SISTEMA INTERAMERICANO NA BUSCA DA MATERIALIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Letícia Soares Peixoto Aleixo

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, na linha de pesquisa Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade.

RESUMO

O presente trabalho visa a relacionar a compreensão da efetividade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos com o direito de acesso à justiça, no sentido concebido pelo próprio tribunal regional. Para tal, mapeia o funcionamento do sistema de proteção e os fundamentos da obrigação estatal frente à Convenção Americana. Além disso, delinea noções de acesso à justiça traçadas pela Corte Interamericana e analisa o grau de cumprimento das medidas de reparação ordenadas pela Corte nas condenações proferidas contra o Brasil, bem como os impactos das decisões para além do caso concreto.

Palavras Chave

Direitos humanos; proteção internacional; Sistema Interamericano; efetividade; acesso à justiça.

INTRODUÇÃO

A evolução da proteção internacional dos direitos humanos, reconhecendo o indivíduo como destinatário de normas internacionais, concebeu uma “justiça globalizada”¹ e favoreceu a organização dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Na nossa esfera geopolítica, inserimo-nos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH), sendo seu principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos (Convenção Americana ou CADH, aprovada em 1969), que veio aprimorar o processo de humanização do Direito Internacional em nosso continente.²

Nesse processo, a jurisprudência dos órgãos regionais de proteção tem enfatizado o papel

central do acesso à justiça, como um dos pilares do próprio Estado Democrático de Direito.³ Ocorre que, conquanto venham reconhecendo a magnitude de tal direito, a garantia de acesso à justiça permanece um desafio a ser superado. Afinal, esta noção não se resume apenas ao direito de acesso formal às instâncias jurisdicionais, mas inclui as garantias judiciais e o direito a um recurso rápido e efetivo perante as instâncias competentes, visando à realização da Justiça.

No viés do eminente jusinternacionalista Cançado Trindade, que sustenta a imposição do “*direito de acesso à justiça nos planos tanto nacional como internacional*”,⁴ o presente trabalho propõe-se analisar a relação entre a efetividade do Sistema Interamericano e a garantia de acesso material à justiça internacional, no sentido concebido pelos próprios tribunais de direitos humanos.

O artigo é, então, organizado em quatro pequenas partes, além desta introdução e das considerações finais. A primeira parte traça, brevemente, o funcionamento do SIPDH, para que sejam compreendidas as formas de acesso formal e os mecanismos colocados à disposição do cidadão. Em seguida, analisa-se a obrigação estatal frente aos tratados de direitos humanos e a noção do direito de acesso à justiça concebida pelos tribunais regionais. Na terceira parte, analisamos o grau de cumprimento das sentenças interamericanas proferidas contra o Estado brasileiro, visando a avaliar o grau de efetividade *stricto sensu* das mesmas para que, na quarta e última parte, possamos avaliar essa efetividade em sentido mais amplo, relacionado ao próprio fortalecimento do sistema de proteção.

1. A PROTEÇÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS

A ideia de criação de uma Corte supranacional nas Américas foi definitivamente aceita com a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos,⁵ em 22 de novembro de 1969, na Costa Rica. Instaurada a Corte IDH, em 1979, a responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos passou a ser aferida perante dois órgãos no âmbito do Sistema Interamericano, a Comissão e a Corte.

O art. 33 da CADH atribuiu algumas competências comuns a esses órgãos, já que a ambos compete “conhecer os assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos contraídos pelos Estados Membros da Convenção”.⁶ Todavia, em uma visão mais sistêmica, percebe-se uma competência mais ampla e genérica da Comissão.⁷

Este órgão tem suas atribuições determinadas no artigo 41 da Convenção, sendo elas de promoção e de proteção dos direitos humanos.⁸ No sistema de peticionamento do SIPDH, cabe à Comissão o processamento das demandas e opção pelo envio do caso à Corte ou não, o que formaliza o modelo de acesso indireto das supostas vítimas ao tribunal regional.⁹

Já a Corte é uma instituição judicial autônoma, cujo objetivo é aplicar e interpretar a Convenção Americana, nos termos de seu Estatuto.¹⁰ Possui ela duas funções, a consultiva e a contenciosa. Por meio da função consultiva, a Corte responde a consultas formuladas pelos Estados Membros da OEA ou por órgãos da mesma entidade acerca da interpretação das disposições da CADH ou de outros tratados relacionados com a proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.

Importa notar que, embora tais opiniões não tenham caráter jurídico obrigatório e vinculante, elas possuem enorme autoridade moral e científica. Conforme ressaltado pela própria Corte, em seu Relatório Anual de 2012, os pareceres consultivos

são instrumentos úteis para que os Estados e os órgãos da OEA consolidem e ampliem, sem esperar uma violação aos direitos humanos, o *corpus iuris* interamericano, através da criação de padrões claros e vigorosos para a promoção, defesa e garantia dos direitos humanos no hemisfério.¹¹

Já a função contenciosa da Corte IDH se revela no conhecimento de casos, levados geralmente pela Comissão. Conforme disposto pelo artigo 62 da CADH, esta competência da Corte somente pode ser exercida quando o Estado houver reconhecido a jurisdição deste tribunal como obrigatória em todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção.¹² Pela via contenciosa, portanto, a Corte determina, nos casos submetidos à sua jurisdição, se um Estado incorreu em responsabilidade internacional pela violação de direito reconhecido na Convenção Americana ou em outros tratados de direitos humanos aplicáveis ao Sistema Interamericano. Se for o caso, disporá as medidas necessárias para reparar as consequências derivadas da violação de direitos.

O atual trâmite dos casos que chegam ao SIPDH pode contemplar processamento pelos dois órgãos: Comissão e Corte. É que, conforme disposto no artigo 61.1 da CADH, “somente os Estados partes e a Comissão têm o direito de submeter caso à decisão da Corte”.¹³ Dessa forma, particulares não podem acionar diretamente o tribunal, já que dependem inteiramente da convicção jurídica da Comissão sobre o caso.

Assim, inicialmente, leva-se o caso à CIDH,¹⁴ que o processará em duas etapas: admissibilidade e mérito.¹⁵ Admitido o caso, abre-se prazo para que as partes se manifestem em contraditório quanto ao mérito e quanto ao interesse em solução amistosa da demanda.¹⁶

Uma vez frustrada a tentativa de solução amistosa, a CIDH deliberará e votará quanto ao mérito do caso, emitindo relatório preliminar – e não publicado – com as recomendações que considerar pertinentes, o qual será transmitido ao Estado demandado.

Na hipótese em que o Estado houver aceitado a jurisdição obrigatória da Corte (art. 62 da CADH) e em que a CIDH considerar que este não deu cumprimento às recomendações contidas no relatório preliminar de mérito, o caso poderá vir a ser encaminhado ao tribunal.¹⁷ Na tomada de tal decisão, por maioria absoluta dos membros da Comissão, será considerada, fundamentalmente, a obtenção de justiça no caso concreto, e analisado, dentre outros elementos, também e infelizmente de convicção política:

a posição do peticionário, a natureza e a gravidade da violação e a necessidade de desenvolver ou esclarecer a jurisprudência do sistema, e o efeito eventual da decisão no

ordenamento jurídico interno dos Estados membros.¹⁸

Se assim o for, o caso seguirá o procedimento do tribunal, sempre respeitando o direito ao contraditório das partes. Emitida a sentença – definitiva e inapelável –, a Corte IDH determinará a adoção de medidas para restaurar o direito violado (art. 63.1) e fará, ela mesma, a supervisão de cumprimento,¹⁹ mediante apresentação de relatórios estatais e das correspondentes observações a esses relatórios pelas vítimas e pela Comissão.

Em trabalho anterior, analisamos mais detidamente o atual estágio de desenvolvimento do Sistema Interamericano e a contribuição das últimas reformas regulamentares da CIDH e da Corte IDH, que conceberam uma série de medidas louváveis, visando a ampliar o acesso efetivo das vítimas aos direitos humanos. Resumidamente, esse processo de fortalecimento do SIPDH tem: (i) incluído novas tecnologias nos procedimentos perante a Corte e a CIDH, agilizando o trâmite dos casos e garantindo maior transparência do processo;²⁰ (ii) garantido a assistência jurídica gratuita às vítimas que não possuem representação legal perante a Corte, mediante a criação da figura do Defensor Público Interamericano e do Fundo de Assistência Jurídica às Vítimas; e (iii) o principal, tem-se outorgado cada vez mais protagonismo às vítimas e a seus representantes,²¹ em consonância com o desenvolvimento do Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEPDH), que permite o acesso direto das supostas vítimas ao tribunal. Essa possibilidade de representação independente das vítimas em juízo foi, sem sombra de dúvidas, um dos avanços mais significativos do SIPDH na última década. Afinal, até o momento tínhamos um sistema de proteção que concebia direitos, sem permitir aos indivíduos a capacidade processual para vindicá-los.²²

No presente trabalho, no entanto, nos ateremos à análise, não do acesso formal das vítimas à Corte Interamericana, mas da efetividade das sentenças prolatadas pelo tribunal, em especial aquelas proferidas contra o Brasil, visando a avaliar a influência do cumprimento das mesmas no grau de credibilidade do sistema de proteção, tanto para os Estados, como para as vítimas.

2. A OBRIGAÇÃO ESTATAL E O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Tradicionalmente, a obrigação dos Estados de tutelar a proteção dos direitos humanos deriva da aceitação de tratados internacionais. E, conforme os dois primeiros artigos da Convenção Americana, cabe aos Estados respeitar e tornar efetivos os direitos e liberdades contemplados no instrumento, devendo adotar todas as medidas necessárias para tanto. Nesse viés, comumente diz-se que a obrigação estatal frente à CADH é, portanto, negativa e positiva. Negativa, já que o Estado se obriga a não violar os termos convencionais, e, positiva, no sentido em que deve promover medidas legislativas ou de outra natureza para garantir o exercício dos direitos pactuados. Sobre o tema, nos ensina o eminente juiz Cançado Trindade:

De início, cabe ter presente que, a par das obrigações específicas em relação a cada um dos direitos protegidos, os Estados-Partes contraem a obrigação geral de organizar o poder público para garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício de tais direitos. A aceitação dos tratados de proteção internacional pelos Estados-Partes implica o reconhecimento da premissa básica, subjacente a estes últimos, de que a tarefa de proteção dos direitos humanos não se esgota – não pode se esgotar – na ação do Estado.²³

Dito isso, incumbe lembrar que, apesar de terem sido os Estados os responsáveis pela criação do Sistema Interamericano – com a ratificação de tratados de proteção dos direitos humanos –, são eles os maiores violadores desses direitos e a quem incumbe o cumprimento das decisões do tribunal regional.²⁴ Nesse sentido, discutir a efetividade das sentenças proferidas pela Corte Interamericana não implica em debater a prevalência da esfera internacional sobre a órbita interna ou vice-versa, mas tratar da complementação de estruturas voltadas à tutela de direitos básicos em uma sociedade democrática.

A grande problemática existente acerca da real efetividade do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos remete à deficiência no acesso à justiça.²⁵ Esse direito humano, já tão discutido nos âmbitos regionais, abarca garantias tanto na perspectiva interna

como na perspectiva internacional e deve ser compreendido na medida em que a titularidade dos demais direitos resta destituída de sentido se não há mecanismos para sua reivindicação.²⁶

Neste ponto, conforme estabelecido pela jurisprudência tanto interamericana quanto europeia, para que se assegure o acesso à justiça:

não basta a existência formal dos recursos, mas eles devem ser efetivos, capazes de produzir resultados ou respostas às violações de direitos contempladas na Convenção.²⁷

Assim é que, na lógica já retratada acima, existe não só a obrigação negativa dos Estados e das instâncias internacionais de não impedirem o acesso aos recursos, mas também a obrigação positiva de organizarem o aparato institucional, eliminando óbices normativos, sociais e econômicos, para que os indivíduos possam aceder aos recursos.

A obrigação estatal de assegurar o acesso à justiça deriva de previsões convencionais que estabelecem solenemente o direito de toda pessoa:

a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz o tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido antecipadamente pela lei, na formalização de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter (art. 8.1 da CADH) [e o] direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso eficaz ante os juízes ou tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, ainda que tal violação seja cometida por pessoas que atuem em exercício de suas funções oficiais (art. 25 da CADH).²⁸

Na análise de tais dispositivos, a Corte já esclareceu que, para que se preserve o direito a um recurso eficaz, é indispensável que tal recurso tramite conforme as regras do devido processo legal e que ele seja, simultaneamente, “*simples, rápido e eficaz*”.²⁹ Em especial, em relação à eficácia recursal, se pronuncia a Corte no sentido de que:

é necessário que seja realmente idôneo para estabelecer se ocorreu uma violação aos direitos humanos e prover o necessário para remediá-la. Não podem ser considerados eficazes aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou inclusive pelas circunstâncias particulares de um caso dado, resultem ilusórios. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade tenha sido demonstrada pela prática, porque o Poder Judicial não tem a independência necessária para decidir com imparcialidade ou porque faltam os meios para executar suas decisões; por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação de justiça, como acontece quando se incorre no retardo não justificado na decisão; ou, por qualquer causa, não se permita ao suposto lesado o acesso ao recurso judicial.³⁰

De particular relevância é para o nosso trabalho o entendimento de que não pode ser considerado efetivo o acesso à justiça se faltam os meios para a execução das decisões ou se não existem “*condições reais de aplicação do Direito em causa própria do cidadão*”.³¹ Afinal, de nada adianta o acesso formal às instâncias judiciais, mesmo as internacionais, se há barreiras que impedem a justa implementação de decisões que se pretendem reparadoras de violações de direitos humanos.

Daí a importância de se analisar o grau de cumprimento das decisões da Corte Interamericana pelo Brasil. Questiona-se, portanto, se, considerando a ratificação de tratados interamericanos pelo Brasil (a CADH, em especial) e o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte, eventual descumprimento do Estado às medidas de reparação ordenadas pelo tribunal constituiria, por si só, óbice ao acesso real e efetivo à justiça interamericana.

3. O CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS INTERAMERICANAS E A QUESTÃO DA EFETIVIDADE

O cumprimento das medidas de reparação ordenadas pela Corte Interamericana denota um dos principais objetivos na esfera de proteção regional, conforme previsão do artigo 68.1 da CADH.³² Malgrado esta obrigatoriedade de cumprimento das sentenças interamericanas, resta aos Estados uma margem de discricionariedade sobre a forma de implementação dessas decisões no âmbito

interno, de acordo com sua própria legislação. Conforme entendimento expressado pela Corte em diversas oportunidades:

A obrigação de cumprir o disposto nas decisões do Tribunal corresponde a um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, respaldado pela jurisprudência internacional, segundo o qual os Estados devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*) e, como tem destacado esta Corte e dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, aqueles não podem, por razões de ordem interna, deixar de assumir a responsabilidade internacional já estabelecida. As obrigações convencionais dos Estados vinculam todos os poderes e órgãos do Estado.³³

A Corte Interamericana possui poderes de monitoramento sobre a execução dessas sentenças, respaldados nos artigos 33.b, 62.1, 62.3 e 65 da Convenção. Trata-se do mecanismo de supervisão ao cumprimento de sentenças, inerente às suas funções jurisdicionais e que possibilita manter a sentença em aberto, até que haja seu total cumprimento. Apesar da ausência de coercibilidade das sentenças, esse mecanismo faz com que o Estado condenado seja obrigado a prestar contas periodicamente, num procedimento em contraditório com as vítimas e a Comissão Interamericana, o que, de alguma maneira, eleva o grau de constrangimento internacional e de pressão política.

Da análise das resoluções da Corte sobre supervisão de cumprimento de sentenças, é possível determinar quantitativamente o grau de cumprimento das medidas ordenadas. Ilustrativamente, portanto, elencaremos a seguir os pontos já cumpridos ou ainda pendentes em cada caso contencioso contra o Brasil naquele tribunal.

A primeira condenação do Brasil proferida pela Corte Interamericana ficou conhecida como Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Os fatos da demanda se relacionavam a alegados ataques desferidos contra Damião Ximenes Lopes, deficiente mental, por funcionários da Casa de Repouso Guararapes, clínica de tratamento psiquiátrico credenciada pelo Sistema Único de Saúde e localizada no Ceará. Os ataques o levaram à morte. A sentença da Corte foi proferida em 2006, condenando o Brasil pelas

violações do artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) em relação aos artigos 4 (Direito à vida), 5 (Direito à integridade pessoal), 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção Judicial). Como medidas de reparação, o Estado deveria: a) garantir em um prazo razoável que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos do caso surta seus efeitos; b) publicar trechos da sentença no Diário Oficial ou outro jornal de ampla circulação; c) desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico e de saúde, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental; d) pagar indenização às partes lesadas.³⁴ Em relatório de supervisão de sentença, de 17 de maio de 2010, a Corte declarou pendente de cumprimento os pontos (a) e (c) acima referidos.³⁵

A segunda condenação do Brasil, Caso Escher e outros vs. Brasil, teve como pano de fundo supostas interceptações telefônicas ilegais de membros das organizações COANA (Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda.) e ADECON (Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais) que acarretaram violação ao artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) em relação aos artigos 11 (Direito à vida privada e à honra), 16 (Direito à liberdade de associação), 8 (Garantias judiciais) e ao 25 (Proteção judicial). A sentença condenatória, proferida em 2009, determinou a obrigação do Estado de: a) investigar os fatos que geraram as violações do caso; b) publicar trechos da sentença no Diário Oficial ou outro jornal de ampla circulação; c) pagar indenização às partes lesadas.³⁶ Em junho de 2012, em procedimento de supervisão de sentença, a Corte deu por concluído o caso, determinando seu arquivamento, já que considerou que o Brasil deu cumprimento a todos os pontos resolutivos da sentença.³⁷

Já no Caso Garibaldi vs. Brasil, a demanda foi encaminhada à Corte Interamericana em favor de Iracema Cioato Garibaldi e de seus seis filhos, pelo descumprimento da obrigação de investigar e sancionar os responsáveis pela morte de seu marido, Sétimo Garibaldi, ocorrida durante uma operação extrajudicial de desalojamento de famílias de trabalhadores sem-terra que ocupavam uma fazenda no Paraná. A Corte considerou violados os artigos 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) em relação ao artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) e estabeleceu, como medidas de

reparação, o dever do Estado de: a) publicar trechos da sentença no Diário Oficial da União ou em jornal de ampla circulação; b) conduzir de modo eficaz e dentro de um prazo razoável o Inquérito e as ações judiciais deste decorrentes, a fim de identificar, julgar e punir os responsáveis pela morte do senhor Garibaldi; c) indenizar as partes lesionadas.³⁸ Por meio do procedimento de supervisão de sentença de fevereiro de 2012, a Corte IDH reconheceu o cumprimento dos pontos (a) e (c), mantendo, contudo, em aberto a supervisão quanto ao ponto (b), ainda pendente de cumprimento.³⁹

Por fim, na última condenação contra o Brasil, proferida no Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia), a demanda se relacionava ao desaparecimento forçado de pessoas durante a mencionada Guerrilha, nos anos da ditadura militar brasileira, além de supostas detenções arbitrárias e torturas. Reconheceu-se a violação dos artigos 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos), 2 (Dever de adotar disposições de direito interno), 4 (Direito à vida), 7 (Direito à liberdade pessoal), 8 (Garantias judiciais), 13 (Direito à liberdade de expressão) e 25 (Proteção judicial), com a condenação do Brasil a, em suma: a) investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis e determinar o paradeiro das vítimas; b) tomar medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição; c) pagar indenizações, custas e gastos.⁴⁰ Em procedimento de supervisão de sentença de outubro de 2014, foi reconhecido o cumprimento da obrigação de publicar a sentença e de abrir prazo para pedido de indenização por parte das vítimas, bem como da obrigação de instaurar Comissão da Verdade.⁴¹ Além disso, os pontos referentes ao pagamento de indenizações e de investigação e apuração dos fatos foram considerados parcialmente cumpridos. O procedimento foi mantido em aberto para o cumprimento pronto e definitivo das demais medidas de reparação ordenadas.

Da análise desses quatro casos, é notório o maior grau de cumprimento dos pontos de reparação que tocam ao pagamento de indenizações e publicação das sentenças. Entretanto, as medidas que objetivam alguma alteração no ordenamento interno, garantias de não repetição ou, ainda, aquelas que se relacionam à obrigação de investigar, sancionar e punir responsáveis pelas violações restam, no mais das vezes, pendentes de cumprimento.

Esses reiterados descumprimentos das obrigações de investigar, previstas em todas as condenações contra o Brasil, evidenciam “um aparato policial e investigativo pouco eficientes, bem como um Judiciário moroso e uma formação deficitária dos agentes estatais em direitos humanos”.⁴²

Dito isto, é, ainda, possível identificar a inexistência de mecanismo interno capaz de densificar o conteúdo das obrigações impostas ao Brasil pelo tribunal regional em cada caso e de articular os mais diversos órgãos e, até mesmo, entes federados e esferas de poder, para a formulação de políticas públicas e cumprimento integral das medidas ordenadas.

Esse vácuo jurídico acarreta, por si só, a responsabilidade do Estado brasileiro, por ser prova da ausência de mecanismos legislativos ou de outra natureza capazes de tornar efetivos os direitos e liberdades consagrados na Convenção e por inviabilizar, em grande medida, a execução judicial interna dos julgados da Corte IDH. Cançado Trindade, ao tratar do tema, propugna pela adoção de certas posturas pelo Poder Público:

(...) ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas (administrativas e outras) a seu alcance para dar fiel cumprimento às obrigações convencionais; ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas cabíveis para harmonizar o direito interno com a normativa de proteção dos tratados de direitos humanos, dando-lhes eficácia; e ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas.⁴³

Neste contexto, o aperfeiçoamento dos mecanismos de execução das sentenças interamericanas corresponde a uma remodelação das estruturas formais do Estado. Afinal, quando da ratificação de um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele passam a se vincular, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé. E, não podem as instituições que deixaram de impedir as violações de direitos humanos, voltar a dificultar o cumprimento da sentença da Corte IDH quando de sua execução no âmbito interno. Daí a necessidade do Judiciário reconhecer como vinculantes as decisões oriundas do SIPDH e o juiz nacional como juiz interamericano, já que este pode e deve exercer o

controle de convencionalidade difuso, mediante a incorporação da principiologia do sistema de proteção.⁴⁴

O necessário é compreender a lógica de complementariedade entre o sistema supranacional e o âmbito interno, já que ambos possuem o fim comum de conferir efetividade à tutela dos direitos fundamentais. E, ao se tratar das sentenças interamericanas, entende-se que o cumprimento das medidas de reparação ordenadas é, sem dúvidas, um item de extremo valor para a eficácia do próprio SIPDH, “uma vez que é por meio do cumprimento de suas decisões que se chega ao propósito, em sentido estrito, deste órgão judicial [a Corte IDH]”.⁴⁵ Compreende-se, inclusive, que o cumprimento das decisões é parte integrante do direito de acesso à justiça, o que revela, mais uma vez, a necessidade de que existam mecanismos eficientes para executá-las.

Porém, apesar de toda essa lógica, questiona-se hoje se o *status* de cumprimento da sentença pode ser o único parâmetro de análise acerca da efetividade, em sentido mais amplo, do tribunal supranacional.

4. EFETIVIDADE E FORTALECIMENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO

Sem desconsiderar a importância do cumprimento das medidas de reparação ordenadas pela Corte Interamericana para a construção da noção de efetividade e de acesso real à justiça no SIPDH, há que se considerar, ainda, o impacto das decisões que não pode ser medido em função do estrito cumprimento das disposições da sentença. Ou seja, é certo que o cumprimento funciona como medida de efetividade, mas não pode ser esse o único parâmetro na análise de impacto da Corte Interamericana.

Em sentido amplo, é possível se considerar a efetividade da Corte IDH ao avaliar como suas sentenças refletem nos Estados Partes da Convenção, não só naqueles condenados no caso julgado pelo tribunal. Isso revela que suas decisões orientam verdadeira cultura jurídica, bem como contribuem para o desenvolvimento do Direito e de uma jurisprudência que tem reflexos no âmbito doméstico dos Estados, em outros sistemas regionais, na pauta de movimentos sociais, e que beneficia, até mesmo, outras pessoas em situações análogas

de violações de direitos humanos. Thalita Leme Franco bem destaca que essas sentenças

colaboram, portanto, de forma expressiva para o alcance de um dos objetivos na atuação da Corte, vale dizer, o de estabelecer um efeito multiplicador de padrões que transcendam aos órgãos internacionais e se transformem em entendimento de tribunais nacionais, ou influenciem na determinação de políticas públicas específicas dos Estados.⁴⁶

Além disso, assuntos que normalmente não encontram espaço na agenda política nacional muitas vezes ganham repercussão a partir de uma mobilização na esfera transnacional.⁴⁷ Trata-se, conforme destacado por Flávia Piovesan, do “profícuo diálogo do Sistema Interamericano com a sociedade civil, o que lhe confere gradativa legitimação social e crescente empoderamento”.⁴⁸

Por fim, necessário destacar a importância dos avanços jurisprudenciais da Corte, que estabelecem padrões de interpretação dos direitos elencados na Convenção Americana e que determinam obrigações positivas dos Estados. Mais importantes se tornam esses avanços, quando os órgãos do poder público interno aplicam o denominado controle de convencionalidade no âmbito de suas respectivas competências. Afinal, por ser a instância internacional uma via subsidiária de tutela dos direitos, e não uma quarta instância recursal, é que se faz necessário um controle dinâmico e complementar das obrigações convencionais dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos, entre autoridades internas e as instâncias internacionais, de modo que os critérios de decisão possam ser conformados entre si.

A este respeito, a Corte recordou, no caso *Gomes Lund. vs. Brasil*, que, como todos os órgãos estatais estão obrigados pela CADH,

os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça, em todos os níveis, têm a obrigação de exercer ex officio um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não apenas o Tratado, mas também a interpretação do mesmo feita pela Corte

Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.⁴⁹

Um devido controle de convencionalidade e uma adequação do ordenamento jurídico e das práticas internas aos padrões convencionais, certamente, contribuem para o descongestionamento do Sistema Interamericano, já que demandas que seriam levadas às instâncias regionais passam a ser solucionadas no âmbito nacional. Por conseguinte, assegura-se um acesso efetivo à justiça, seja já no âmbito nacional, seja na esfera interamericana.

O grau de instrução dos operadores da justiça quanto aos direitos humanos é fator relevante e que facilita essa aplicação horizontal e direta dos princípios convencionais no âmbito interno. Afinal, o desconhecimento da matéria dificulta a aplicação coerente dos mecanismos de proteção.⁵⁰ Por isso, deve haver uma tomada de consciência pelo Executivo, Legislativo e pelos juízes nacionais da necessidade dos Estados de reformarem os textos internos e de modificarem suas práticas de maneira a prevenir as violações ou de remediá-las quando não puderem ser evitadas.

Conclui-se que medir efetividade é uma questão muito mais complexa do que conseguimos vislumbrar em análise preliminar. Afinal, análises baseadas somente em grau de cumprimento das medidas de reparação podem se revelar insuficientes e superficiais se desconsiderarem o reflexo da decisão para terceiros, seu impacto em casos semelhantes, além dos efeitos que acarreta nas esferas domésticas e na construção da jurisprudência interamericana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção regional dos direitos humanos está inspirada no reconhecimento da necessidade de uma última tutela, subsidiária aos sistemas nacionais, para assegurar o uso e o gozo dos

direitos fundamentais das pessoas. Nesse sentido é que os sistemas de proteção regional expressam o compromisso coletivo dos Estados de garantir esses direitos dentro e fora de suas fronteiras nacionais, se constituindo como das mais nobres expressões do reconhecimento da dignidade das pessoas e dos povos.⁵¹

Necessário, então, que o SIPDH responda, no institucional e no processual, a demanda de tutela dos direitos individuais. No plano processual, analisado no presente trabalho, necessário que se promova maior efetividade da tutela para que, por conseguinte, o acesso à justiça seja real.

Conforme trabalhado ao longo do texto, em análise estrita, é certo que o grau de cumprimento das medidas de reparação ordenadas pela Corte Interamericana em suas sentenças revela, em algum nível, sua efetividade. Contudo, em análise mais ampla, deve-se considerar, também, o efeito multiplicador da condenação proferida pelo tribunal supranacional e sua importância na construção de uma cultura jurídica sólida em direitos humanos.

Uma perspectiva a longo prazo do sistema regional exige uma discussão, não só sobre o papel da Convenção, mas, principalmente, sobre as práticas internas. Concluimos ao longo de todo o trabalho pela necessidade de descentralização do sistema da Convenção e pela ideia de que o essencial é a proteção conferida pelo direito interno. Afinal, a via de subsidiariedade entre sistemas nacionais e controle regional seria frutuosa na redução do fluxo das entradas de casos e, certamente, na efetividade das decisões emanadas da Corte.

E, é nesse contexto que o Sistema Interamericano poderá se revelar potencializado para contribuir na consolidação do *ius commune* latino-americano, na progressão dos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERNARDES, Marcia Nina. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais*. In *Revista SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, V. 8, N. 15. São Paulo: dezembro, 2008.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A personalidade e a capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional*. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 3, Vol. 3, No 3, 2002.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Volume II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional. *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: CEJIL, 2008.
- CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional. *Aportes para mejorar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Respuesta de CEJIL a la propuesta del Consejo Permanente de la OEA. Documento de conjuntura No 6. Buenos Aires: CEJIL, 2012.
- CIDH. Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009.
- COIMBRA, Elisa Mara. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: desafios à implementação das decisões da Corte no Brasil*. In *Revista SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. V. 10, N. 19. São Paulo: dezembro, 2013.
- Corte EDH. *Dialogue entre juges*. 1er ed. Strasbourg: Conseil d’Europe, 2007.
- Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C, n.147.
- Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman v. México*. Sentença de 6 de agosto de 2008, Série C, n. 184.
- Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Perú. Supervisão de cumprimento de sentença*. Resolução da Corte Interamericana de 17 de novembro de 1999. Série C, N. 59.
- Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala (Mérito)*. Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C, nº 63.
- Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas*. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C, N. 200.
- Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença*. Resolução da Corte Interamericana de 19 de junho de 2012.
- Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas*. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C, nº 203.
- Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença*. Resolução da Corte Interamericana de 20 de fevereiro de 2012.
- Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença*. Resolução da Corte Interamericana de 17 de outubro de 2014.
- Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219.
- Corte IDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Supervisão de cumprimento de sentença*. Resolução da Corte Interamericana de 3 de fevereiro de 2010.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne v. Chile*. Sentença de 22 de novembro de 2005, Série C, nº 135.
- Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Mérito. Série C, nº 149.
- Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte Interamericana de 17 de maio de 2010.

- Corte IDH. *Exposição de Motivos da Reforma Regulamentar de 2009*. Aprovada pela Corte no seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009.
- Corte IDH. *Garantias Judiciais em Estados de Emergência*. Opinião Consultiva OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A, N. 9.
- Corte IDH. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Corte no seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009.
- Corte IDH. *Relatório Anual de 2012*.
- DI CORLETO. El reconocimiento de las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana en las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia Argentina. In KRSTICEVIC, Viviane. (Coord.). *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires: CEJIL, 2007.
- FRANCO, Thalita Leme. *Efetividade das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: identificação dos marcos teóricos e análise da conduta do Estado brasileiro*. Universidade de São Paulo, Instituto de Relações Internacionais, Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais. São Paulo: 2014.
- GOMES, Luiz Flávio. As Garantias Mínimas do Devido Processo Criminal nos Sistemas Jurídicos Brasileiro e Interamericano. In *O Sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- LARNÉ, Maria Pia. O Sistema Interamericano de tutela dos Direitos Humanos: uma comparação com o sistema europeu sob a perspectiva do acesso e da efetividade. In *Revista Meritum*. Vol. 2, N. 2, jul/dez. 2007.
- OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, São José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969.
- OEA. *Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979.
- PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. In *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 6 (2), julho-setembro, 2014, pp. 142-154.
- TEIXEIRA, Larissa Xavier e SANTOS, Fátima Terezinha Silva. O acesso à justiça: Uma análise do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. In *Revista Amicus Curiae*, V. 8, N. 8, 2011. UNESC.

NOTAS

1. GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 101.
2. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
3. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil (Mérito)*. Sentença de 4 de julho de 2006, Série C, nº 149, §175; Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala (Mérito)*. Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C, nº 63, §237; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne v. Chile*. Sentença de 22 de novembro de 2005, Série C, nº 135, §163; Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman v. México*. Sentença de 6 de agosto de 2008, Série C, nº 184, §106.
4. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e a capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 3, Vol. 3, nº 3, 2002.
5. Os Estados Partes deste instrumento de proteção são, sem exceção, membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Porém, nem todos os Estados membros da OEA se vincularam à CADH. Não se confunde, então, o sistema de responsabilização dos Estados por violação à CADH, com aquele que é aplicável a todo e qualquer membro da OEA, que utiliza dos preceitos da Carta da própria Organização e a Declaração Americana de Direitos Humanos. Por isso, ressaltamos que o foco deste estudo é, tão somente, o sistema regido pela Convenção Americana.
6. OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, São José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Artigo 33.
7. LARNÉ, Maria Pia. O Sistema Interamericano de tutela dos Direitos Humanos: uma comparação com o sistema europeu sob a perspectiva do acesso e da efetividade. In *Revista Meritum*. Vol. 2, nº. 2, jul./dez. 2007.
8. Destaca o art. 41 da CADH as seguintes competências da CIDH: (i) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; (ii) formular recomendações, caso seja conveniente aos governos dos Estados Membros, para que sejam adotadas medidas progressivas a favor dos direitos humanos; (iii) preparar os estudos ou relatórios adequados para o desempenho de suas funções; (iv) solicitar relatórios aos governos dos Estados Membros; (v) atender às consultas formuladas por esses últimos na Secretaria Geral da OEA; (vi) elaborar relatório anual à Assembleia Geral da OEA; (vii) atuar conforme seus poderes no sistema de petições e denúncias, no esteio dos arts. 44 a 51 da CADH.
9. Interessante notar que, em relação à CIDH, o Estado-parte da Convenção Americana aceita a possibilidade de ser denunciado perante este órgão automaticamente ao ratificar o tratado.
10. OEA. *Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979. Artigo 1.
11. Corte IDH. *Relatório Anual de 2012*, p. 20.
12. No Brasil, o reconhecimento da jurisdição da Corte IDH se deu pelo Decreto Legislativo nº 89/98, de 03 de dezembro de 1998.
13. OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, São José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Artigo 61.1.
14. Ao contrário da Convenção Europeia, a CADH dispõe (art. 44) que qualquer pessoa – não só a vítima – pode peticionar à CIDH, alegando violação de direitos humanos contra si ou contra terceiros.
15. A separação dessas fases, cristalizada na reforma regulamentar de 2000, vem sendo bastante questionada nos processos de reforma do sistema, principalmente pelos peticionários, que acreditam ser esta divisão grande responsável pela demora da tramitação dos casos perante a Comissão. Isso porque a introdução dessa etapa adicional no processo implicou no proferimento de decisão extra por parte da CIDH e, ao mesmo tempo, não levou a um número significativo de soluções amistosas.
16. CIDH. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário

de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009. Artigo 38.

17. No caso de descumprimento do relatório preliminar de mérito e da não interposição de ação perante a Corte, a CIDH emitirá um segundo relatório, público e definitivo, que trará suas conclusões finais sobre o assunto e, também, recomendações ao Estado com prazo para que as cumpra. Passado o prazo determinado, a CIDH deliberará sobre o cumprimento das medidas recomendadas e publicará o informe. Com a publicação do relatório, a Comissão passará a acompanhar o cumprimento das recomendações, publicando, de tempos em tempos, informações sobre os avanços das medidas. Cf. CIDH. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009. Artigo 48.
18. CIDH. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009. Artigo 45.
19. A faculdade de supervisionar suas sentenças é inerente ao exercício das faculdades jurisdicionais da Corte, encontra seu fundamento jurídico nos artigos 33, 62.1, 62.3 e 65 da Convenção, assim como no artigo 30 de seu Estatuto; e tem por objetivo a implementação efetiva das reparações ordenadas pelo tribunal para cada caso concreto.
20. Corte IDH. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Corte no seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Artigos 28, 33, 44 e 51.11.
21. CIDH. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009; Corte IDH. *Exposição de Motivos da Reforma Regulamentar de 2009*. Aprovada pela Corte no seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009; Corte IDH. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Corte no seu LXXXV período ordinário de sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009.
22. CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional. *Aportes para la reflexión sobre posibles reformas al funcionamiento de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: CEJIL, 2008.
23. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Volume II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, pp. 32-33.
24. COIMBRA, Elisa Mara. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: desafios à implementação das decisões da Corte no Brasil. In *Revista SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. V. 10, nº. 19. São Paulo: dezembro, 2013.
25. TEIXEIRA, Larissa Xavier e SANTOS, Fátima Terezinha Silva. O acesso à justiça: uma análise do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. In *Revista Amicus Curiae*, V.8, nº. 8, 2011. UNESC.
26. GOMES, Luiz Flávio. As Garantias Mínimas do Devido Processo Criminal nos Sistemas Jurídicos Brasileiro e Interamericano. In *O Sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 182.
27. Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C, nº. 147, §144.
28. OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, São José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Artigos 8 e 25.
29. Corte IDH. *Garantias Judiciais em Estados de Emergência*. Opinião Consultiva OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A, nº. 9.
30. Corte IDH. *Garantias Judiciais em Estados de Emergência*. Opinião Consultiva OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A, nº. 9, § 24.
31. TEIXEIRA, Larissa Xavier e SANTOS, Fátima Terezinha Silva. O acesso à justiça: Uma análise do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. In *Revista Amicus Curiae*, V. 8, nº. 8, 2011. UNESC.
32. Conforme mencionado artigo: os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.
33. Cf. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Perú*. Supervisão de cumprimento de

- sentença. Resolução da Corte Interamericana de 17 de novembro de 1999. Série C, N. 59, §3; *Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Supervisão de cumprimento de sentença*. Resolução da Corte Interamericana de 3 de fevereiro de 2010, §5; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte Interamericana de 17 de maio de 2010, §5.
34. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Mérito. Série C, nº. 149.
35. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte Interamericana de 17 de maio de 2010.
36. Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas*. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C, nº. 200.
37. Corte IDH. *Caso Escher e outros vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença*. Resolução da Corte Interamericana de 19 de junho de 2012.
38. Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas*. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C, nº. 203.
39. Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença*. Resolução da Corte Interamericana de 20 de fevereiro de 2012.
40. Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº. 219.
41. Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença*. Resolução da Corte Interamericana de 17 de outubro de 2014.
42. BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. In *Revista SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, V. 8, N. 15. São Paulo: dezembro, 2008.
43. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 501.
44. PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. In *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 6 (2), julho-setembro, 2014, pp. 142-154.
45. FRANCO, Thalita Leme. *Efetividade das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: identificação dos marcos teóricos e análise da conduta do Estado brasileiro*. Universidade de São Paulo, Instituto de Relações Internacionais, Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais. São Paulo: 2014.
46. FRANCO, Thalita Leme. *Efetividade das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: identificação dos marcos teóricos e análise da conduta do Estado brasileiro*. Universidade de São Paulo, Instituto de Relações Internacionais, Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais. São Paulo: 2014.
47. BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. In *Revista SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, V. 8, nº 15. São Paulo: dezembro, 2008.
48. PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. In *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 6 (2), julho-setembro, 2014, pp. 142-154.
49. CORTE IDH. *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, §176.
50. DI CORLETO. El reconocimiento de las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana en las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia Argentina. In KRSTICEVIC, Viviane. (Coord.). *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires: CEJIL, 2007, pp. 113-126.
51. CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional. *Aportes para mejorar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Respuesta de CEJIL a la propuesta del Consejo Permanente de la OEA. Documento de coyuntura nº 6. Buenos Aires: CEJIL, 2012.

LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME FACE À L'EUROPE EN CRISE

.....

Linós-Alexandre Sicilianos¹

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme; Membre associé de l'Institut de droit international;
Professeur à l'Université d'Athènes; Membre du Curatorium de l'Académie de droit international de La Haye

RÉSUMÉ

L'article explore l'attitude de la Cour européenne des droits de l'homme face aux aspects principaux de la crise que traverse actuellement l'Europe, à savoir la crise économique, la crise des migrants et des réfugiés, le terrorisme et les conflits armés. En traçant les grandes lignes jurisprudentielles en ces matières, l'auteur cherche à mettre en évidence la contribution de la Cour dans l'examen d'un grand nombre d'affaires extrêmement délicates juridiquement, politiquement et humainement et son rôle en tant que gardienne des idéaux et des principes démocratiques de notre continent.

Mot-Clés

Un crise économique; Convention; Cour; migrants; réfugiés; terrorisme; conflits armés; application du DIH.

C'est un truisme de dire que l'Europe traverse actuellement une crise grave. Jusqu'à récemment on pensait que cette crise était d'abord économique. Les flux de réfugiés sans précédent depuis la Seconde guerre mondiale ont ajouté une dimension nouvelle à cette situation. Par ailleurs, ainsi qu'il a été amplement démontré par les attentats à Paris au mois de janvier, en Isère, en Tunisie et au Koweït en juin, en Turquie en octobre et encore une fois à Paris en novembre 2015, la montée des extrémismes et du terrorisme, voire de la barbarie, prend des proportions de plus en plus inquiétantes. En parallèle, de nouveaux conflits armés éclatent et d'autres conflits perdurent sur notre continent ou à proximité de notre région. Il y a bien sûr d'autres éléments qui composent le tableau plutôt sombre de l'Europe contemporaine. Il me semble, néanmoins, que ces quatre aspects – la crise économique, la crise des réfugiés, la montée du terrorisme et les conflits

armés – sont les éléments les plus saillants dans les circonstances actuelles. Tous ces problèmes engendrent des souffrances humaines inouïes, des violations graves et souvent terrifiantes des droits de l'homme.

Dans ces conditions, on peut légitimement se demander si le cadre juridique et institutionnel instauré pour protéger notre "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques" est suffisamment fort pour faire face à ces défis. Si l'on s'accorde pour reconnaître que la Convention européenne des droits de l'homme constitue l'un des trésors les plus précieux qu'a créés la civilisation européenne et que la Cour européenne des droits de l'homme est l'organe par excellence pour veiller au respect des engagements résultant de cet instrument, on se pose la question de savoir quel est le rôle que joue notre juridiction dans ce contexte de crise.

Depuis la Conférence d'Interlaken jusqu'à celle de Bruxelles, on parle souvent des dernières années des difficultés du fonctionnement de la Cour, de l'absorption de l'arriéré des affaires pendantes, de la productivité de la Cour etc. On a souvent tendance à oublier que la Cour de Strasbourg est confrontée aux problèmes les plus difficiles de notre continent. Qu'elle a eu à se prononcer sur les conséquences humaines de la crise économique ; qu'elle devient progressivement un acteur important dans le contexte de la crise des réfugiés ; qu'elle a été saisie à l'occasion des affaires terroristes les plus sensibles et les plus dramatiques ; qu'on lui a demandé de se prononcer sur tous les conflits armés qui ont éclaté sur notre continent ces dernières décennies, y compris le conflit en Ukraine qui a fait l'objet de quatre recours interétatiques et de plus de 1600 requêtes individuelles. Alors au lieu de me pencher sur les aspects procéduraux ou autres du fonctionnement de la Cour, je me propose

d'insister aujourd'hui sur les véritables défis auxquels elle est confrontée, à commencer par la crise économique.

I. LA CRISE ÉCONOMIQUE: UNE ATTITUDE PRUDENTE MAIS FERME

A) L'impact de la crise économique sur les droits prévus par la Convention

Le premier point qu'il importe de souligner à cet égard est l'impact considérable de cette crise sur les droits prévus par la Convention. L'approche traditionnelle suivant laquelle les droits civils et politiques n'auraient pas un coût significatif et que, par conséquent, ils ne seraient pas trop affectés en cas de difficultés économiques s'avère aujourd'hui plus erronée que jamais. La protection effective des droits de l'homme reconnus par la Convention a un coût. Elle coûte même cher. La Convention se prête certainement à une lecture financière, ce qui signifie que les pressions sur le budget de l'État ont un impact concret et direct sur une série de droits qui y sont reconnus.

On sait, en effet, que selon la jurisprudence de la Cour plusieurs de ces droits impliquent des obligations positives à la charge des États. Or, toutes les obligations positives de l'État entraînent nécessairement des dépenses publiques puisqu'elles présupposent la mise en place de services publics appropriés.

Il en va ainsi, par exemple, pour ce qui est de l'obligation de l'État d'assurer des conditions de détention conformes aux exigences de l'article 3 de la Convention. Il suffit de consulter les dernières statistiques pénales du Conseil de l'Europe pour constater que la crise économique affecte négativement les conditions en question dans les prisons d'Europe, y compris dans des États forts comme l'Italie ou la France. La multiplication des requêtes individuelles au sujet des conditions de détention en Croatie, en Grèce, en Hongrie, en Pologne, en Roumanie, en Russie ou en Ukraine, témoignent de l'ampleur du phénomène.

Une situation analogue vaut, *mutatis mutandis* en relation avec le droit à un procès équitable. Il est évident qu'un tel procès, assorti de toutes les garanties découlant de l'article 6 de la Convention, implique un coût considérable.

La situation empire également – et de façon spectaculaire – en relation avec le traitement

des étrangers et des demandeurs d'asile. Dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, la Grande Chambre a explicitement souligné la dimension du problème en observant, dès 2012, que le "contexte de crise économique (...) place les États européens face à de nouveaux défis dans le domaine de la gestion de l'immigration". Je dirais même plus: la crise économique, combinée à la crise migratoire, conduit à une montée en flèche des tendances xénophobes et extrémistes; tendances qui menacent, à leur tour, les piliers sur lesquels repose la Convention, à savoir la démocratie et l'État de droit.

Au-delà de cette situation particulièrement préoccupante, la crise économique amène les États à prendre des décisions politiques d'envergure en matière économique, affectant souvent de façon douloureuse le droit de propriété de nos concitoyens. Quelle est l'attitude de la Cour face à cette réalité ?

B) L'autolimitation de la Cour face aux décisions économiques d'envergure

On remarque tout d'abord que la Cour a examiné plusieurs requêtes dans le contexte de mesures législatives affectant les salaires et les pensions: des affaires contre la Roumanie, la Bulgarie, la Grèce, le Portugal, la Hongrie ou la Lituanie.

L'affaire *Koufaki et Adedy c. Grèce* de 2013 a été peut-être la plus significative, puisqu'elle concernait dans son ensemble la réduction des salaires, des pensions et d'autres prestations sociales suite aux mesures d'austérité adoptées en 2010-2011. L'affaire est à la fois banale et extrêmement importante. Banale, puisqu'elle suit la jurisprudence constante, selon laquelle le droit de propriété ne garantit pas un salaire ou une pension d'un montant déterminé. Importante, étant donné que la Cour se place explicitement dans le contexte "d'une crise exceptionnelle et sans précédent dans l'histoire récente de la Grèce", crise qui a "ébranlé la crédibilité du pays" tout en "menaçant sérieusement l'économie nationale".

Le ton est grave. Il fait appel à la situation difficile que l'on connaît. Et la Cour d'affirmer que dans ces circonstances la décision d'adopter des lois portant sur l'équilibre entre les dépenses et les recettes budgétaires de l'État implique l'examen de questions politiques, économiques et sociales. Le législateur dispose

d'une "grande latitude" en la matière. À moins d'être arbitraire ou déraisonnable, la décision du législateur dans un contexte de crise relève de sa marge d'appréciation. Le juge international s'autolimité par l'invocation du principe de subsidiarité. Ce n'est pas son rôle de faire de la politique économique. Cette décision a été citée à plusieurs reprises à l'occasion des mesures d'austérité au Portugal (y compris dans une décision de 2015), ainsi que dans l'affaire *Savickas c. Lituanie* concernant la réduction des salaires des juges.

Ce n'est que dans une seule affaire contre la Hongrie (*N.K.M. c. Hongrie*, 2013) que la Cour a constaté une violation du droit de propriété dans le contexte des mesures d'austérité. Or, il s'agissait en l'occurrence d'une prestation sociale dont une partie a été soumise à un impôt de l'ordre de 98%. Il apparaît, par conséquent, que c'est avec parcimonie et dans des cas vraiment exceptionnels – comme l'affaire hongroise – que la Cour intervient dans le processus de choix des priorités et des mesures économiques d'envergure.

C) Les droits indérogeables, l'Etat de droit et la non-discrimination

En revanche, la Cour se montre intransigente quand il s'agit de préserver l'essentiel, à commencer par les droits indérogeables.

Concernant le respect des droits faisant partie du noyau dur de la Convention on notera, tout d'abord, que la Cour a focalisé son attention sur les retombées de la crise économique sur les conditions de détention. C'est ainsi, par exemple, que dans l'affaire *Orchowski c. Pologne*, la Cour a affirmé que le manque de moyens ne saurait justifier des conditions de détention incompatibles avec l'article 3 de la Convention (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants). Les États doivent organiser leurs systèmes pénitentiaires de façon à respecter la dignité des détenus "indépendamment des difficultés financières et logistiques".

Et la Cour de conclure que si l'État n'est pas en mesure d'assurer des conditions de détention conformes aux exigences de l'article 3 il doit abandonner sa politique criminelle stricte afin de réduire le nombre de détenus. Autrement dit, la Cour fait peser sur les États une sorte

d'obligation de résultat, tendant à respecter en toutes circonstances des conditions de détention conformes aux exigences de l'article 3, y compris en modifiant, le cas échéant, leur politique criminelle.

Un raisonnement analogue s'applique *mutatis mutandis* pour ce qui est du droit à un procès équitable, qui constitue la clé de voûte pour la prééminence du droit. L'État ne saurait prétexter du manque de crédits pour justifier les retards excessifs des procédures internes. L'État ne peut non plus évoquer une telle pénurie pour ne pas honorer une dette fondée sur une décision de justice.

On relèvera, enfin, que la Cour n'admet pas des discriminations à l'égard de groupes défavorisés sous prétexte de manque de moyens. Elle a souligné par exemple que, contrairement à d'autres prestations sociales, l'instruction est un droit directement protégé par la Convention, un droit important pour l'épanouissement personnel de chacun. Dans ces conditions, l'obligation faite aux étrangers ne disposant pas de permis de séjour permanent de verser des frais de scolarité pour poursuivre leurs études secondaires constituait un traitement discriminatoire. L'attachement au principe de non-discrimination est d'autant plus important qu'il s'agit d'un principe transversal dans le système international de protection des droits de l'homme.

Il en résulte que face à la crise économique la Cour adopte une position à la fois prudente et ferme. Elle met en évidence les retombées de la crise sur une série de droits protégés par la Convention. En même temps elle invoque le principe de subsidiarité pour éviter d'intervenir dans des décisions d'envergure reflétant des choix politiques majeurs en matière économique, des choix qui relèvent en définitive du pouvoir souverain de l'État. Cependant, la Cour veille à préserver le noyau dur de la Convention et refuse d'entrer dans des considérations d'ordre économique lorsqu'il s'agit de protéger les droits indérogeables, les principes liés à la notion et aux valeurs de l'État de droit ou encore le principe de non-discrimination.

II. La crise des migrants et des réfugiés: une boussole pour les États et l'UE

Je passe maintenant au deuxième chapitre de mon intervention, à savoir la crise des

migrants et des réfugiés. Il importe de rappeler à cet endroit que contrairement à la Charte des droits fondamentaux, le système de la Convention ne prévoit pas le droit d'asile. Par ailleurs, à part quelques dispositions éparses liées à la procédure d'expulsion, la Convention et ses Protocoles ne reconnaissent pas des droits au profit des étrangers en tant que tels. Dans ces conditions, la Cour a rappelé à maintes reprises que les États sont en principe libres de réglementer l'entrée, le séjour ou l'éloignement des étrangers. Cependant, pour reprendre la formule de la Grande Chambre dans l'affaire *Géorgie c. Russie* (I), "si les États peuvent établir souverainement leurs politiques d'immigration, les difficultés de gestion des flux migratoires ne sauraient justifier des pratiques incompatibles avec leurs obligations conventionnelles".

Cette phrase résume l'approche de la Cour en la matière: sur la base des dispositions générales de la Convention, la Cour a créé de toutes pièces et par la voie prétorienne un ensemble de standards qui constituent une boussole pour les États parties, mais aussi pour l'Union européenne. Cette jurisprudence renforce la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés, elle met en évidence les limites du Règlement de Dublin, tout en posant les jalons de la politique migratoire des États.

A) Le renforcement de la Convention de Genève sur les réfugiés

Pour ce qui est de la Convention de Genève, on sait que le principe de non-refoulement en constitue la pierre angulaire. Or le principe en question, tel que consacré par l'article 33 de cette Convention, n'est pas absolu. En effet, un réfugié peut être éloigné à titre exceptionnel, lorsqu'il représente un danger pour la sécurité de l'État d'accueil ou, ayant commis une infraction pénale grave, il constitue une menace pour la collectivité. En revanche, la CEDH telle qu'interprétée par la Cour, interdit de manière absolue le renvoi d'une personne qui serait exposée dans l'État de destination à un risque réel de traitement contraire au droit à la vie ou à la prohibition de la torture. Comme l'a observé la Cour, la perspective que l'intéressé constitue une menace grave pour la collectivité ne diminue en rien le risque qu'il subisse des mauvais traitements en cas d'éloignement (*Saadi c. Italie*).

Par ailleurs, cette interdiction absolue d'éloignement s'applique non seulement aux réfugiés et aux demandeurs d'asile, mais également à des personnes qui n'ont même pas pu formuler une telle demande. L'arrêt *Sharifi et autres c. Italie et Grèce* de 2014, portant sur les refoulements automatiques, opérés dans les ports de la mer Adriatique, illustre de manière frappante ce dernier problème. De plus, dans des circonstances exceptionnelles, l'existence d'un contexte de violence généralisée ou un conflit armé ont été jugés suffisants en tant que tels pour exclure l'éloignement de l'intéressé. L'affaire *Sufi et Elmi c. Royaume Uni*, concernant la violence aveugle qui régnait en Somalie, en est l'exemple jurisprudentiel par excellence. Dans la récente affaire *L. M. c. Russie* (octobre 2015), cette jurisprudence a été transposée au conflit syrien. Il apparaît ainsi que l'interdiction d'éloignement au titre de la Convention est à la fois plus forte et plus large que le principe de non-refoulement de la Convention de Genève.

On rappellera également que depuis l'arrêt de la Grande Chambre *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, la Cour a constaté à plusieurs reprises une violation de la Convention en raison de l'absence d'accès pour les requérants à la procédure d'asile, combinée au risque d'expulsion vers un pays où ils étaient susceptibles de subir de mauvais traitements. En d'autres termes, même si le droit d'asile n'est pas reconnu en tant que tel par la CEDH, les défaillances graves de la procédure d'asile sont érigées en une violation autonome de la Convention.

B) La mise en évidence des limites du Règlement de Dublin

Cette constatation conduit à évoquer la jurisprudence de la Cour au sujet du règlement de Dublin. Si le texte de ce règlement a été modifié et actualisé au fil du temps, sa philosophie reste la même que celle de la Convention de Dublin de 1990. Même s'il peut être présenté comme un instrument essentiellement procédural – puisqu'il ne fait que déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile – le règlement en question reflète en réalité un choix politique très important. Il impose un fardeau considérable aux États dits de premier contact avec les flux des demandeurs d'asile. Cependant, le règlement contient une échappatoire, la clause de souveraineté, permettant aux États de déroger

aux critères fixés et d'examiner eux-mêmes une demande d'asile.

C'est en partant de cette clause que la Cour a conclu dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce* que lorsqu'ils appliquent le règlement de Dublin, les États doivent s'assurer que la procédure d'asile du pays intermédiaire – en l'occurrence la Grèce – offre des garanties suffisantes permettant d'éviter qu'un demandeur d'asile ne soit expulsé dans son pays d'origine sans une évaluation des risques qu'il encourt. Et la Cour de constater les "défaillances structurelles" dans la procédure d'asile en Grèce, notion reprise en substance par la Cour de Luxembourg dans l'affaire *N. S.* et utilisée actuellement dans le règlement Dublin III. En d'autres termes, la jurisprudence de notre Cour a eu une influence directe sur ce règlement de l'Union.

Dans l'affaire *Tarakhel c. Suisse*, la Grande chambre de la Cour a souligné que l'exigence de "protection spéciale" pour les demandeurs d'asile est d'autant plus importante lorsqu'il s'agit d'enfants. La Cour a tenu compte des besoins particuliers et de l'extrême vulnérabilité de la famille des requérants. Si les conditions d'accueil en Italie ne révélaient pas l'existence des défaillances systémiques analogues à celles de l'affaire *M.S.S.*, elles étaient néanmoins hautement problématiques. Dans ces conditions, la Cour a exigé que les autorités suisses obtiennent des autorités italiennes des garanties individuelles avant le renvoi de la famille en Italie. Des garanties au sujet de la prise en charge adaptée à l'âge des enfants et à la préservation de l'unité familiale. En d'autres termes, la Cour a écarté "l'automaticité" inhérente au régime de Dublin pour mettre en avant l'intérêt des enfants dans le contexte de l'article 3 de la Convention.

Enfin, dans l'affaire *Sharifi et autres c. Italie et Grèce* la Cour a rappelé que l'application du système Dublin doit se faire d'une manière compatible avec la CEDH. Aucune forme d'éloignement collectif ne saurait être justifiée par référence à ce système.

Il apparaît ainsi que la Cour a mis en évidence la nécessité de repenser le système Dublin bien avant que la crise des réfugiés n'atteigne les dimensions actuelles. Depuis lors plusieurs voix s'élèvent, dont celle du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, pour appeler à "revoir fondamentalement" le règlement de Dublin.

C) Les jalons de la politique migratoire

Au-delà de cet aspect important, la jurisprudence de la Cour a posé progressivement quelques jalons de la politique migratoire des États, tout en ayant influencé celle de l'Union européenne. Il en va ainsi notamment pour ce qui des conditions de détention des immigrés ou des demandeurs d'asile dans des centres de rétention. Le récent arrêt *Khlaifia et autres c. Italie*, concernant *inter alia* les mauvaises conditions de détention sur l'île de Lampedusa, est particulièrement intéressant sur ce point. En effet, devant une situation qualifiée de crise humanitaire, le gouvernement italien a invoqué explicitement l'état de nécessité en tant que circonstance exonératoire de sa responsabilité. La Cour a reconnu les contraintes qui pesaient sur les autorités italiennes. Elle a néanmoins rejeté cet argument. Ces contraintes ne sauraient exonérer l'État défendeur de son obligation de garantir des conditions de détention compatibles avec le respect de la dignité humaine. La Cour a rappelé à cet égard le caractère absolu, voire impératif de l'article 3 de la Convention.

Dans un contexte voisin, l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* a mis en exergue la question des conditions d'existence des demandeurs d'asile en attendant que les autorités se prononcent sur leur demande. Il importe de rappeler à cet endroit que le requérant était libre au moment des faits. Il n'était pas en détention. Néanmoins, la Cour a estimé que les autorités grecques n'avaient pas dûment tenu compte de la vulnérabilité du requérant comme demandeur d'asile. En raison de leur passivité, elles devaient être tenues pour responsables des conditions de dénuement extrême dans lesquelles il s'est trouvé pendant des mois. Le requérant a été victime d'un traitement humiliant témoignant d'un manque de respect pour sa dignité.

Par ailleurs, un grand nombre d'arrêts aborde la légalité de la détention des immigrés. Cette détention est régulière tant qu'une procédure d'expulsion est en cours. Si l'expulsion s'avère impossible, la détention ne se justifie plus. Concernant plus particulièrement la rétention des demandeurs d'asile, la Cour apprécie s'il aurait été possible ou non d'appliquer une mesure moins radicale, une mesure pouvant remplacer la privation de liberté. Dans cet ordre d'idées, l'arrêt *Khlaifia c. Italie* a constaté récemment que la rétention *de facto* des requérants dans les centres d'accueil de Lampedusa était dépourvue

de base légale en droit italien; et que, par conséquent, elle était incompatible avec les exigences de l'article 5 de la Convention.

Un autre point particulièrement important dans le contexte de la crise actuelle est celui des expulsions collectives. Depuis l'arrêt *Conka c. Belgique* jusqu'à l'arrêt *Khlaifia*, en passant par d'autres étapes importantes (les arrêts *Hirsi Jamaa*, *Sharifi et autres*, etc.), la Cour a souligné que la procédure d'expulsion doit prendre en considération la situation individuelle des personnes concernées. Pour constater s'il y a eu expulsion collective ou non la Cour tient compte de plusieurs éléments: l'existence de décrets de refoulement identiques; l'absence d'entretiens individuels; l'impossibilité de contacter un avocat; le fait qu'un grand nombre de personnes de même origine a connu le même sort au même moment, etc. Même la procédure d'identification ne suffit pas à exclure l'existence d'une expulsion collective.

Conditions de détention des migrants, conditions d'existence des demandeurs d'asile, légalité de la détention, expulsions collectives: voici les quatre questions principales, directement liées à la crise actuelle des migrants et des réfugiés, sur lesquelles la Cour a forgé des positions claires. Cette jurisprudence sera certainement enrichie: il suffit de mentionner l'application récente de mesures provisoires relatives aux refoulements vers la Hongrie; ou d'autres affaires concernant les pertes tragiques de vies humaines en Méditerranée, qui seront examinées tôt ou tard par la Cour. Cependant, on peut dire d'ores et déjà que les positions de la Cour posent des limites importantes aux politiques des États face à la crise des migrants et des réfugiés.

III. LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME: UNE JURISPRUDENCE RICHE ET NOVATRICE

Un autre grand chapitre concernant le rôle de la Cour en situation de crise est relatif à la lutte contre le terrorisme. Il s'agit d'un problème récurrent auquel la Cour est confrontée depuis le début de son existence – la toute première affaire (l'affaire "*Lawless*") étant une affaire de terrorisme. Cependant, la recrudescence et l'ampleur des attentats terroristes, ainsi que l'envergure des mesures antiterroristes de ces dernières années ont généré des requêtes qui

ont nourri considérablement le contentieux "terroriste". En essayant de tracer les grandes lignes de cette riche jurisprudence, on constate, tout d'abord, que la Cour fait preuve d'une compréhension face aux difficultés affrontées par les autorités nationales, sans trahir pour autant les principes de sa jurisprudence constante.

A) La compréhension de l'attitude des autorités nationales

On mentionnera ainsi l'affaire bien connue *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, qui a fait beaucoup de bruit outre-Manche. Le requérant, condamné en Jordanie pour des actes terroristes, soutenait entre autres qu'il se trouvait exposé à un risque réel de torture s'il était renvoyé en Jordanie. Le Royaume-Uni invoquait notamment les assurances diplomatiques obtenues par la Jordanie. La Cour, après avoir résumé sa jurisprudence relative aux assurances diplomatiques et analysé minutieusement les assurances fournies, approuvées par le Roi lui-même, a admis – sur ce point – l'argumentation britannique. Or il est particulièrement rare pour la Cour de se fonder principalement sur des assurances diplomatiques. En principe, elle est plutôt méfiante.

Toujours sous l'angle de l'interdiction de la torture, dans l'affaire *Ramirez Sanchez c. la France*, plus connue sous le nom de *Carlos, le Chacal*, la Grande Chambre de la Cour a tenu compte de la personnalité et de la dangerosité "hors normes" de l'intéressé pour admettre que son maintien en isolement pendant 8 ans ne violait pas l'art. 3 de la Convention.

Un autre exemple est fourni par l'affaire *Finogenov et autres c. la Russie*. On sait que cette affaire concernait le siège d'un théâtre à Moscou par des séparatistes tchétchènes et la décision de mettre les terroristes hors d'état de nuire et de libérer les otages en diffusant un gaz. La Cour a conclu à la non-violation du droit à la vie quant à la décision de résoudre la crise des otages par l'utilisation de gaz et le recours à la force. Cette affaire est intéressante aussi du point de vue du droit international général, étant donné que même si l'état de nécessité n'est pas mentionné explicitement, la formulation retenue rappelle singulièrement cette notion, telle que codifiée par la CDI.

On pourrait multiplier les exemples. En bref, sans toucher aux grandes principes de sa

jurisprudence, la Cour tient souvent compte des difficultés considérables que pose la lutte contre le terrorisme pour reconnaître une plus grande latitude aux autorités nationales, pour faire jouer leur marge d'appréciation, pour souligner l'existence de raisons impérieuses justifiant l'invocation de l'état de nécessité etc.

En même temps, la Cour prend soin de réaffirmer la pertinence des principes de sa jurisprudence même dans le contexte extrêmement délicat et exigeant des mesures contre le terrorisme.

B) La réaffirmation des principes jurisprudentiels

Il importe de souligner ainsi que notre juridiction a coupé court au débat doctrinal qui a eu lieu, notamment aux États-Unis suite aux attentats du 11/9, quant à la portée de l'interdiction de la torture. Tant la Grande Chambre, dans l'affaire *Saadi c. Italie*, que les chambres de la Cour ont affirmé avec force le caractère absolu de la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la personne concernée et même dans les circonstances les plus difficiles, comme la lutte contre le terrorisme. Plus récemment, dans *Trabelsi c. Belgique*, la Cour réaffirme, dans une affaire liée au terrorisme, que l'emprisonnement à vie incompressible – sans aucune possibilité de libération conditionnelle – est contraire à l'art. 3 CEDH.

La Cour condamne également la détention à durée indéterminée de ressortissants étrangers, soupçonnés d'implication dans des activités terroristes.

À propos des vols secrets de la CIA, la Cour s'insurge contre la détention secrète, en la qualifiant de "totalement incompatible avec l'État de droit" (dans affaire *El-Masri* et dans d'autres affaires plus récentes).

La Cour a fait preuve également de son attachement aux principes de sa jurisprudence en relation avec des affaires touchant aux libertés traditionnelles, protégées par les articles 8-11 de la Convention. À titre purement indicatif on mentionnera l'arrêt *Güler and Uğur c. Turquie* soulignant que "les lois antiterroristes ne devraient pas servir de prétexte à restreindre les activités religieuses légitimes".

Ces quelques exemples suffisent à démontrer qu'en relation avec un grand éventail de droits, la Cour s'en tient aux principes traditionnels de sa jurisprudence, malgré le contexte terroriste.

En d'autres termes, la Cour ne veut pas entrer dans le faux dilemme – liberté *ou* sécurité – mais envoie le message que ces deux valeurs importantes de nos sociétés démocratiques doivent coexister.

Bien plus, le contentieux terroriste a conduit à plusieurs reprises à des avancées jurisprudentielles considérables.

C) Les avancées jurisprudentielles

Dans ce domaine également les exemples sont nombreux. Sans aucunement prétendre à l'exhaustivité, on mentionnera tout d'abord une avancée d'ordre institutionnel, concernant le caractère obligatoire des mesures provisoires. On sait que la possibilité d'adopter de telles mesures n'est pas explicitement mentionnée dans la Convention. Elle figure dans l'article 39 du Règlement de la Cour. Jusqu'en 2005, la Cour n'avait jamais affirmé le caractère obligatoire de ces mesures. C'est à propos d'une affaire liée au terrorisme, l'affaire *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, concernant l'extradition des requérants vers l'Ouzbékistan, que la Cour a franchi un pas important. S'inspirant de la position de la CIJ dans l'affaire *LaGrand*, ainsi que de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg a jugé que les mesures provisoires ont un effet obligatoire ; effet obligatoire tendant à garantir l'efficacité du recours individuel. Il s'agit là d'une évolution qui a eu un impact très important dans la jurisprudence de la Cour.

Parmi les nombreuses avancées concernant l'interprétation des dispositions substantielles de la Convention, on mentionnera encore une fois l'arrêt de la Grande Chambre dans l'affaire *El-Masri* qui consacre pour la première fois le "droit à la vérité" en relation avec l'obligation procédurale d'enquêter sur les mauvais traitements subis par le requérant.

À l'occasion de l'affaire précitée *Othman (Abu Qatada)*, la Cour a conclu pour la première fois que l'expulsion vers un pays étranger, en l'occurrence la Jordanie, emporterait violation de l'article 6 de la Convention étant donné qu'il

y avait un risque réel pour le requérant d'y subir un "dénier de justice flagrant".

Toujours dans le domaine de l'article 6 et plus particulièrement des droits de la défense, la Cour a affirmé, dans l'arrêt *Salduz c. Turquie*, le droit de l'accusé de bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de la police.

Par ailleurs, dans l'affaire *Nada c. Suisse* la Cour a approfondi l'examen des relations entre les sanctions du Conseil de sécurité – l'inscription du requérant sur une "liste noire" – et le système de la Convention. Elle n'a pas voulu se placer sur le terrain de la hiérarchie, voire de la confrontation entre le système onusien et celui de la Convention. La Cour a insisté, au contraire, sur la nécessité d'une interprétation harmonieuse des obligations qui en découlent.

On pourrait aisément multiplier les exemples. Vue dans son ensemble, la jurisprudence liée au "contentieux terroriste" est à la fois prudente et balancée: la Cour a su faire preuve de compréhension face aux difficultés, parfois extrêmes, de la lutte contre le terrorisme, sans trahir les principes de sa jurisprudence – qui sont, au contraire, réaffirmés et renforcés. Elle a même réussi à approfondir et à affiner son approche dans le contexte de l'interprétation évolutive de la Convention.

Je passe maintenant à la quatrième et dernière partie de mon exposé: l'attitude de la Cour face aux conflits armés.

IV. LES CONFLITS ARMÉS: LE SYSTÈME ATTEINT SES LIMITES

A) La Cour a abordé des affaires touchant à la plupart des conflits en Europe (et au-delà) depuis au moins 1990

Commençons par un constat: tous les conflits qui ont eu lieu sur notre continent au moins depuis 1990 ont été ou sont abordés, d'une manière ou d'une autre, par la Cour. On mentionnera ainsi une série d'affaires relatives à des conflits faisant suite à la dislocation de l'Union soviétique. Dans l'arrêt *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, la Grande Chambre a affirmé la portée extraterritoriale de la Convention et pour ce faire elle a dû établir *in extenso* le contexte de l'affaire, à savoir les éléments factuels lui

permettant de constater que la Russie exerçait sa juridiction sur la Transnistrie – constatation confirmée par les arrêts *Ivantoc* et *Catan*.

Deux autres affaires jugées par la Grande Chambre de la Cour concernaient le conflit opposant l'Arménie et l'Azerbaïdjan relativement au Haut-Karabakh. Il s'agissait des arrêts *Chiragov c. Arménie* et *Sargsyan c. Azerbaïdjan*. Même si elles ont été portées devant la Cour par voie de requêtes individuelles, ces affaires avaient une dimension interétatique étant donné que le gouvernement arménien est intervenu dans l'affaire contre l'Azerbaïdjan et inversement.

Dans le cadre du contentieux lié aux retombées du démembrement de l'Union soviétique, on relèvera également la deuxième requête *Georgie c. Russie*, actuellement pendante, se rapportant aux événements de 2008, ainsi que les requêtes interétatiques *Ukraine c. Russie*, relatives à la question de la Crimée et à la situation à l'Est de l'Ukraine, sans parler du grand nombre de requêtes individuelles, tout aussi pendantes, s'inscrivant dans ce même contexte.

Le conflit dans l'ex-Yougoslavie et ses effets, l'intervention de l'OTAN et les événements au Kosovo n'ont pas manqué de faire l'objet de plusieurs requêtes. Il est vrai que dans les deux plus célèbres d'entre-elles: les affaires *Bankovic* et *Behrami et Saramati*, la Cour s'est déclarée incompétente. Cependant, d'autres aspects plus pointus du conflit yougoslave ont pu être examinés sur le fond. C'est ainsi que dans l'affaire *Margus c. Croatie*, la Grande Chambre a eu l'occasion d'affirmer que les amnisties des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité sont incompatibles avec le droit international. Dans l'affaire *Jorgic c. Allemagne* la Cour a pu s'interroger sur la notion de génocide et plus particulièrement sur la question de savoir si l'épuration ethnique fait partie de ce concept. Enfin, parmi les affaires touchant aux conséquences économiques désastreuses du conflit yougoslave, on mentionnera notamment l'arrêt de la Grande Chambre *Alisic et autres*, qui constitue désormais un précédent juridictionnel important au sujet de la succession d'États en matière de dettes.

On rappellera, par ailleurs, que la Cour a rendu pas moins de 280 arrêts concernant le conflit entre les forces de sécurité turques et le PKK et environ 230 arrêts relatifs au conflit en

Tchéchénie dont une bonne partie a trait à des disparitions forcées.

Les principaux aspects de la question chypriote ont été abordés notamment dans l'arrêt de 2001 concernant le quatrième recours interétatique *Chypre contre Turquie*, complété en 2014 avec le prononcé de la Cour sur la satisfaction équitable. Ce dernier arrêt constitue une première dans l'histoire de la Cour, notamment parce qu'il applique l'article 41 de la Convention dans le contexte d'une requête interétatique, mais aussi puisqu'il invite le gouvernement requérant à distribuer les sommes adjugées aux victimes individuelles. Du point de vue du droit international général, cet arrêt reflète le droit sur la responsabilité de l'État, ainsi que l'évolution récente du droit relatif à la protection diplomatique.

Enfin – *last but not least* – le conflit en Irak a fait l'objet d'importants arrêts de la Grande Chambre contre le Royaume-Uni (*Al-Skeini, Al-Jedda, Hassan*) ou les Pays-Bas (*Jaloud*). Autant d'occasions pour la Cour d'examiner les questions relatives à la juridiction de l'État, l'application extra-territoriale de la Convention, les problèmes d'attribution, la responsabilité de l'État agissant avec l'autorisation du Conseil de sécurité ou l'applicabilité du droit international humanitaire.

Ce parcours rapide suffit pour démontrer à quel point la Cour de Strasbourg a dû s'impliquer dans les chapitres les plus douloureux de l'histoire récente de notre continent, dans les affaires les plus sensibles de l'actualité politique. Elle a dû affronter des questions épineuses de droit international général, sans parler des difficultés relatives à l'établissement des faits. Par ailleurs, les affaires pendantes sur les conflits ukrainien et géorgien, mais aussi l'arrêt de 2014 sur la question chypriote conduisent à examiner de plus près le renouveau du recours interétatique.

B) Le renouveau du recours interétatique

1. Rappelons, à cet égard, que parmi toutes les conventions relatives aux droits de l'homme qui prévoient le recours interétatique, seule la Convention européenne a été effectivement invoquée pour intenter de tels recours. Dans les autres instruments pertinents – universels et régionaux – le recours en question reste une possibilité purement théorique. En revanche, dans le système de la Convention, le recours interétatique a constitué depuis le début

une composante essentielle de la "garantie collective" des droits protégés: il a été inscrit dans le texte initial de cet instrument et il n'a jamais été soumis à une quelconque condition d'acceptation par les États contractants.

L'existence de ce recours témoigne du caractère *erga omnes partes* de toutes les obligations découlant de la Convention. En effet, étant donné que la violation de ces obligations, substantielles et procédurales, peut faire l'objet d'un recours par n'importe quelle partie contractante, il est évident que les obligations en question sont assumées à l'égard de tous (élément souligné par la Cour dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*). Bien plus, un État qui intente un recours interétatique "ne doit pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres", mais bien plutôt comme soulevant "une question qui touche à l'ordre public de l'Europe" (selon les termes de l'ancienne Commission dans l'affaire *Autriche c. Italie*). Ainsi qu'il a été pertinemment remarqué par notre Président, à travers le recours interétatique la Cour apparaît comme le "garant d'un ordre public paisible en Europe".

L'institution du recours interétatique, figurant déjà – répétons-le – dans le texte de la Convention de 1950, a constitué le précurseur du concept d'obligations *erga omnes* (bien avant la consécration de ce concept par la CIJ en 1970). Elle a été à l'origine du processus conceptuel qui a mené à l'émergence de la notion de *jus cogens* et, partant, à la hiérarchisation de l'ordre juridique international. Bref, le recours interétatique de notre Convention a influencé la structure même du droit international.

2. Concernant plus particulièrement l'importance des recours interétatiques les plus récents, on constate que le quatrième recours *Chypre c. Turquie* a conduit la Cour à se prononcer sur les principaux chapitres de la question chypriote – réfugiés, personnes déplacées, disparitions forcées, droit de propriété – ainsi que sur la question des réparations des victimes.

Les recours pendants de la Géorgie et de l'Ukraine contre la Russie conduiront la Cour à se prononcer sur des questions touchant à l'applicabilité du droit international humanitaire, à la responsabilité de l'État et notamment à des problèmes d'attribution et de contrôle, à l'annexion de territoires et ses effets sur les individus.

Enfin, dans le contexte de ces recours interétatiques récents, la Cour a dû adopter des mesures provisoires au titre de l'article 39 de son Règlement. Il s'agit là d'une avancée considérable si l'on tient compte du fait que jusqu'ici les mesures provisoires étaient adoptées uniquement en relation avec des requêtes individuelles.

Devant l'ampleur de ces enjeux, d'aucuns se demandent si l'examen de ces recours est conforme à la nature, au rôle et à la mission de la Cour en tant que juridiction spécialisée en matière de "droits de l'homme". Pour moi la réponse positive ne fait pas de doute. À partir du moment où la requête est recevable, on voit mal comment la Cour pourrait se dérober à son devoir "d'assurer le respect des engagements résultant pour les Parties contractantes de la Convention et de ses Protocoles" (article 19).

Certes, une requête interétatique comporte presque inexorablement une dimension politique. Cependant, ce facteur n'a aucunement découragé les rédacteurs de la Convention de faire de tels recours une pièce maîtresse du système de garantie collective des droits protégés par la Convention. De surcroît, ainsi qu'il a été pertinemment remarqué par la CIJ, la plupart des questions qui se posent dans la vie internationale ont par la nature des choses une dimension politique. Or, le fait qu'une question qui lui est posée revête par ailleurs des aspects politiques ne suffit pas à la priver de son caractère de "question juridique" et à "enlever à la Cour une compétence qui lui est expressément conférée par son Statut" (Avis consultatif sur *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*). Cette manière de voir s'applique *mutatis mutandis* à la Cour européenne des droits de l'homme.

Dire, par ailleurs, qu'un arrêt concernant les aspects d'un conflit armé relatifs aux droits de l'homme risquerait ne pas être vraiment efficace ou soulever des problèmes quant à son exécution, ne constitue pas un argument convaincant pour plusieurs raisons. Tout d'abord, un argument analogue pourrait être mis en avant pour tout arrêt émanant d'une juridiction internationale. Se prononcer, par exemple, sur la licéité du recours à la force ne changerait pas forcément quelque chose sur le terrain. Cela ne signifie aucunement, cependant, qu'un tel prononcé n'aurait pas d'importance ou qu'il ne pourrait pas jouer un rôle significatif sur

le plan diplomatique. Il en va de même d'un arrêt qui établirait la nature et l'étendue des violations des droits de l'homme, ainsi que l'ampleur de la responsabilité étatique à cet égard dans le contexte d'un conflit armé.

En effet, lors d'un tel conflit il y a presque inévitablement des exactions, des violations, souvent graves, des droits de l'homme (et du droit international humanitaire). Mettre de côté l'aspect humain d'un conflit armé serait tout à fait inapproprié en l'état actuel de l'évolution du droit international. Encore faut-il, cependant, se poser la question de savoir si et dans quelle mesure la Cour peut appliquer non seulement la Convention, mais aussi le droit international humanitaire dans de telles circonstances.

C) L'application du DIH: une ouverture progressive

Pendant des décennies et jusqu'à récemment, la Cour s'est montrée très réticente face à l'application du DIH. Cette attitude ne devrait pas étonner. Il ne faudrait pas oublier, en effet, que l'article 19 de la Convention stipule en substance que la Cour est compétente pour appliquer la Convention, toute la Convention, rien que la Convention. L'exception principale à ce schéma est fournie par la clause de dérogation de l'article 15 de la Convention se référant aux "autres obligations" de l'État concerné "découlant du droit international".

En effet, la Cour considère, en principe, que l'application éventuelle du droit humanitaire passe par la clause de dérogation. Ainsi qu'en témoignent notamment les affaires "tchéchènes", si l'État défendeur n'a pas invoqué l'article 15 de la Convention, la Cour applique en principe les dispositions de celle-ci, sans accepter aucune dérogation qui pourrait découler d'une application parallèle du droit humanitaire. Il est par ailleurs significatif que même lorsque l'État défendeur invoque l'article 15 de la Convention dans le contexte d'un état d'urgence portant sur une partie de son territoire, la Cour évite soigneusement de se référer au droit des conflits armés non-internationaux. Il en va ainsi notamment des affaires dites "kurdes".

Parallèlement à cette attitude réservée, on observe, toutefois, une ouverture certes timide, mais néanmoins importante face au DIH dans des affaires relatives à des conflits armés internationaux. C'est ainsi que dans le contexte

du conflit chypriote la Cour a estimé, dans l'affaire *Varnava*, que "[l']article 2 – relatif au droit à la vie – doit être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment des règles du droit international humanitaire". En l'occurrence, le droit humanitaire est invoqué pour corroborer l'interprétation de la Convention. Les obligations au titre du droit humanitaire sont convergentes avec celles de la CEDH.

Dans d'autres cas la Cour procède à un examen incident du DIH (dans l'affaire *Kononov* par exemple), ou bien elle tient compte du droit humanitaire, tout en estimant que celui-ci ne fournit pas de "de réponse concluante" à la question cruciale de l'affaire (*Sargsyan c. Azerbaïdjan*).

Toutefois, le tournant dans l'attitude de la Cour face au droit international humanitaire a été effectué avec l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*. Il s'agissait, en l'occurrence, de l'arrestation et de la détention du frère du requérant par les forces britanniques en Irak en avril 2003. Les actes en question étaient décidés en vertu des pouvoirs conférés au Royaume-Uni par les troisième et quatrième Conventions de Genève. Cependant, une telle détention ne correspond à aucune des catégories énumérées aux alinéas a) à f) de l'article 5 par. 1 de la Convention. Or cette énumération est limitative. Autrement dit, une détention qui ne correspond à aucune de ces catégories est, en principe, contraire à l'article 5 de la Convention. Bref, l'arrestation et la détention litigieuses étaient permises sur la base du droit humanitaire, ce qui n'était pas le cas en vertu de la Convention.

Dans son arrêt sur l'affaire *Hassan*, la Grande Chambre a cité la position de la CIJ sur l'articulation entre le DIH et les droits de l'homme. On sait, en effet, que la Cour de La Haye a distingué trois situations à cet égard: "certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international" (Avis consultatif sur *l'Édification d'un mûr en territoire palestinien*).

C'est précisément dans cet esprit que se situe l'arrêt *Hassan*. Face à une situation qui relevait à la fois du DIH et des droits de l'homme, la Cour européenne a adopté une approche tendant à harmoniser les obligations

découlant de ces deux branches, plutôt qu'à les opposer.

Tout en se disant consciente que l'internement litigieux ne cadre pas avec les garanties de la CEDH, la Cour est prête à interpréter l'article 5 en tenant compte du droit humanitaire. Pour ce faire, la Cour insiste sur la quintessence du droit à la liberté et à la sûreté, à savoir la protection de l'individu contre l'arbitraire. Or, à partir du moment où la détention du requérant était conforme au DIH, elle était "régulière" au sens de l'article 5 de la Convention. Autrement dit, le but fondamental de cette disposition – l'interdiction de l'arbitraire – était réalisé. En même temps, la Cour fait preuve de pragmatisme en acceptant de baisser quelque peu le standard de protection prévu par la Convention pour tenir compte de la situation qui prévaut dans le contexte d'un conflit armé international.

L'affaire *Géorgie c. Russie* N^o. 2, actuellement pendante devant la Grand Chambre, risque de soulever une problématique analogue.

CONCLUSION

En conclusion, il importe de rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme a dû aborder les aspects principaux de la crise que traverse aujourd'hui notre continent. Sans faire de militantisme, elle a su approcher avec sagesse la crise économique, en faisant jouer le principe de subsidiarité pour ce qui est des décisions économiques d'envergure. En même temps, elle a veillé à préserver l'essentiel, à savoir les droits indérogeables, les principes de l'État de droit et le principe de non-discrimination.

Au sujet de la crise des réfugiés, la jurisprudence de la Cour constitue une boussole pour les États et l'Union européenne. Elle renforce la protection découlant de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés. Elle met en évidence la nécessité de repenser le système de Dublin. Elle trace la ligne rouge à ne pas franchir dans des domaines cruciaux, tels que les conditions de détention, les conditions d'existence des demandeurs d'asile, la légalité de la détention ou les expulsions collectives.

La riche jurisprudence concernant le terrorisme ne fait aucunement abstraction des difficultés que pose la lutte contre ce fléau. La Cour réaffirme, en même temps, les principes

de sa jurisprudence constante, tout en la développant sur plusieurs points. Elle refuse d'entrer dans la logique du faux dilemme liberté ou sécurité. Elle prône la liberté *et* la sécurité à la fois.

En parallèle, la Cour a dû se prononcer sur des affaires touchant à pratiquement tous les conflits armés sur notre continent (et même au-delà) durant les dernières décennies. À travers l'institution du recours interétatique la Cour est amenée à examiner des affaires particulièrement sensibles. Elle met en avant la dimension *erga omnes* de sa jurisprudence et elle fait avancer l'interprétation et l'application de la Convention sur des points d'importance certaine pour l'avenir du système. L'ouverture récente au droit international humanitaire pourrait marquer

une nouvelle phase dans la jurisprudence strasbourgeoise.

Dans l'ensemble, la Cour européenne n'est pas seulement la juridiction internationale la plus chargée. Elle est aussi celle qui a eu et le courage et la sagesse nécessaires pour examiner un grand nombre d'affaires extrêmement délicates juridiquement, politiquement et humainement. Il faudrait avoir cette contribution majeure en tête avant de se lancer dans des critiques parfois faciles sur des aspects secondaires de son fonctionnement. La Cour s'efforce toujours d'être à la hauteur de sa mission en tant que gardienne des idéaux et des principes démocratiques de notre continent.

NOTES

1. La présente contribution constitue la version actualisée d'une conférence donnée à la Cour européenne des droits de l'homme le 16 octobre 2015, intégrée dans la série des "Conférences de la Société européenne de droit international (SEDI)". L'auteur remercie chaleureusement le Président Dean Spielmann pour avoir bien voulu

accepter d'ouvrir et de présider la séance, ainsi que la Société européenne de droit international et tout particulièrement son Vice-président, le Professeur Luis Hinojoja, pour son invitation. Les vues exprimées sont celles de l'auteur et n'engagent pas la Cour.

ASSOCIAZIONISMO DEI MAGISTRATI E DEMOCRATIZZAZIONE DELL'ORDINE GIUDIZIARIO(*)

.....
Luigi Ferrajoli

Giurista; filosofo; teorico del diritto; ha pubblicato più di 500 saggi, in riviste e opere collettanee;
è inoltre autore di più di 30 libri, di cui molti tradotti in diverse lingue straniere.

SOMMARIO

Il ruolo e il valore dell'associazionismo giudiziario e soprattutto di Magistratura Democratica sono oggi più attuali che mai. Giacché in questa fase di crisi economica e in presenza di politiche governative segnate dalla totale rimozione dal loro orizzonte dei valori costituzionali ed anzi da una volontà di riforma regressiva della stessa costituzione, la giurisdizione può e deve essere più che mai un luogo di garanzia dei diritti fondamentali di tutti, e perciò dei soggetti più deboli. E può esserlo solo se sarà sorretta da un forte impegno collettivo nella difesa dei principi costituzionali – l'indipendenza e l'uguaglianza dei giudici e il loro ruolo di garanzia dei diritti fondamentali, primi tra tutti i diritti sociali e i diritti dei lavoratori – quale solo può provenire dalla ripresa del confronto associativo e dal dibattito interno sul senso e sul ruolo costituzionale della giurisdizione.

Parole Chiave

L'associazionismo giudiziario; l'uguaglianza dei magistrati; i principi della Costituzione; la normativa; diritti fondamentali.

1. *L'associazionismo giudiziario secondo Vittorio Emanuele Orlando* – La migliore risposta alla domanda con la quale è intitolata questa nostra sessione del XX Congresso di MD dedicata all'associazionismo dei magistrati – “a che cosa serve l'associazionismo giudiziario” – è stata data, oltre un secolo fa, dalla critica severa ad esso rivolta dal più illustre giurista dell'epoca, Vittorio Emanuele Orlando. Era il 23 agosto 1909, poco più di due mesi dopo la nascita dell'Associazione Generale dei Magistrati d'Italia (l'AGMI), istituita a Milano da un'assemblea di

44 magistrati svoltasi il 13 giugno 1909. Vittorio Emanuele Orlando, già allora padre riconosciuto del diritto pubblico italiano, era il Ministro della giustizia, omonimo dell'attuale ministro. Intervistato dal “Corriere d'Italia” sull'appena nata Associazione generale dei magistrati¹, denunciava, pur con toni bonari e paternalistici, due pericoli inevitabilmente intrinseci, diceva, all'associazionismo dei giudici, che si riveleranno invece, come mostrerò, due potenti fattori di democratizzazione della magistratura.

Il primo pericolo, affermava Orlando, è legato all'egualitarismo nei rapporti tra associati, che è un inevitabile portato di qualunque associazione e che contraddice la struttura gerarchica dell'ordine giudiziario: “la magistratura italiana ha una costituzione rigorosamente gerarchica”, egli dichiarava; di più, “la gerarchia ne costituisce l'essenza”, che è destinata ad essere minata dai rapporti tra uguali che sono propri di qualunque associazione. Basti pensare allo “scandalo”, aggiungeva, di “una discussione da pari a pari, con quella vivacità che contraddistingue il nostro temperamento latino, fra un uditore ed un primo presidente di cassazione” che “difficilmente si può credere che non danneggi la dignità e l'autorità di quest'ultimo”.

Il secondo, non meno grave pericolo, dichiarava il ministro Orlando, è costituito dall'inevitabile “combattività” che forma un tratto distintivo di qualunque “fenomeno associativo”. E' infatti “difficile”, diceva, “disunire il concetto di associazione dal concetto di lotta”; che è anch'esso un elemento, secondo la visione di Orlando, che contraddice, ancor più dell'egualitarismo, la natura ed il ruolo del magistrato, il quale deve restare separato dalla società, tenersi fuori da qualunque dibattito, anche sulla giustizia, e rinunciare a qualunque forma di critica o rivendicazione che ne

comprometterebbe l'immagine montesquieviana di fredda e inanimata bocca della legge.

Ebbene, Vittorio Emanuele Orlando aveva perfettamente ragione, sotto entrambi gli aspetti dell'associazionismo da lui segnalati e paventati come pericoli; pericoli a tal punto intollerabili per il potere politico che l'Associazione Generale dei Magistrati fu sciolta il 21 dicembre 1925, simultaneamente all'espulsione dalla magistratura dei suoi dirigenti a causa del loro "indirizzo antistatale", in realtà antifascista, "sovvertitore della disciplina e della dignità dell'ordine giudiziario"².

Orlando aveva anzitutto ragione nel ritenere che l'associazionismo giudiziario avrebbe promosso, nella cultura dei giudici, il principio dell'uguaglianza dei magistrati: un principio che Orlando considerava un disvalore e che invece è stato consacrato come un valore e come un tratto distintivo dell'ordine giudiziario dalla Costituzione repubblicana, secondo la quale "i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni". Ma aveva ragione anche riguardo al secondo aspetto dell'associazionismo giudiziario da lui paventato: quello della vocazione delle associazioni in quanto tali alle battaglie civili. L'associazionismo, infatti, è un fenomeno collettivo che sempre comporta lo sviluppo di una soggettività collettiva, dotata di una propria identità, di un proprio sistema di valori, di una propria ragion d'essere e perciò, inevitabilmente, incline a lottare in difesa di quei valori e dei principi programmatici che ne conseguono.

Ma la cosa per noi più interessante e sulla quale soprattutto dobbiamo riflettere è che sono precisamente quei due aspetti dell'associazionismo paventati più di un secolo fa da Vittorio Emanuele Orlando che hanno contraddistinto per oltre un secolo l'azione dell'Associazione nazionale dei magistrati italiani e, soprattutto, il ruolo svolto per oltre mezzo secolo da Magistratura Democratica nella democratizzazione dell'ordine giudiziario. Quei due aspetti rappresentano tuttora, a me pare, la ragion d'essere di MD, anzi dell'associazionismo giudiziario in quanto tale, non a caso guardato sempre, e ancor oggi, con fastidio e diffidenza dal potere politico. Entrambi preoccupavano Orlando perché in contraddizione con il vecchio assetto della magistratura. Ma fu proprio quell'assetto che contestammo radicalmente, alle origini di MD, in nome dei valori di rango costituzionale

che quei due aspetti dell'associazionismo hanno in tutti questi anni garantito e rafforzato. Esaminiamoli dunque separatamente quei due aspetti del fenomeno associativo, tra loro peraltro strettamente connessi.

2. *L'uguaglianza dei magistrati. Contro le carriere e il carrierismo* – Innanzitutto l'uguaglianza dei magistrati. Quell'uguaglianza tra magistrati fu l'acquisizione culturale più importante e il frutto istituzionale più rilevante delle lotte di Magistratura Democratica negli anni Sessanta e Settanta. Ricordo le battaglie di quegli anni contro gli esami di merito interni – dall'esame di aggiunto giudiziario al termine del periodo di uditore, fino ai vari concorsi interni, tutti di fatto gestiti da quella che allora si chiamava l'"alta magistratura" – attraverso i quali si sviluppava la carriera dei magistrati. Ricordo l'uso del "tu" tra colleghi di ogni ordine e livello, dai giovani uditori agli alti magistrati, i dirigenti e i giudici di cassazione, che provocatoriamente cominciammo a praticare fino a instaurarlo come costume da tutti condiviso. Ricordo, infine, le nostre battaglie di quaranta e più anni fa contro qualunque tipo di carriera, contro l'idea stessa che si potesse distinguere tra un'"alta magistratura" e una "bassa magistratura" e perciò contro qualunque tipo di gerarchia: contro quella gerarchia che costituiva, diceva Vittorio Emanuele Orlando, "l'essenza" della vecchia magistratura e che, invece, della nuova figura dei magistrati disegnata dalla Costituzione – tra loro uguali e distinti "soltanto per diversità di funzioni", come dice l'art.107, e "soggetti soltanto alla legge", come dice l'art.101 cpv. della Costituzione – costituisce la negazione.

Non voglio affatto indulgere alla nostalgia nel ricordare quelle lontane battaglie della prima stagione di MD. I tempi sono cambiati, la società italiana è cambiata, sono cambiati il ruolo e il peso della giurisdizione. Ma non dobbiamo dimenticare che ci sono, tra le rivendicazioni di allora di Magistratura Democratica, principi e valori che non invecchiano perché sono intrinseci alla giurisdizione; e che è stata la battaglia per la loro affermazione che ha fatto di MD un momento importante nella storia della cultura giuridica italiana e un punto di riferimento, a livello mondiale, per le magistrature progressiste di tantissimi paesi.

Uno di questi valori è per l'appunto il principio costituzionale dell'uguaglianza dei magistrati. Perché, domandiamoci,

l'uguaglianza tra magistrati è così importante per la giurisdizione? Perché essa è la principale condizione della loro indipendenza interna, la quale richiede, come ovvio corollario e presupposto, la loro uguaglianza. E l'uguaglianza dei magistrati suppone a sua volta l'esclusione di qualunque tipo di carriera, incompatibile in via di principio con la loro indipendenza. Comporta, secondo una classica formula, che il magistrato sia *sine spe et sine metu*: che non debba né coltivare speranze di avanzamenti o vantaggi, né temere sanzioni o svantaggi dall'esercizio della giurisdizione.

Orbene, ho l'impressione che questa uguaglianza dei magistrati sia oggi minacciata, insieme all'indipendenza interna, dalle molteplici forme di carriera e di careerismo che sono state introdotte nel nostro sistema giudiziario, in assenza, forse, di una vera consapevolezza degli effetti nefasti che esse avrebbero prodotto sulla cultura e la mentalità dei giudici, sui loro rapporti all'interno dell'ordine giudiziario e, indirettamente, sulla giurisdizione. Mi riferisco ai pareri espressi dai Consigli giudiziari ai fini delle periodiche valutazioni della professionalità dei magistrati e, in essi, al ruolo decisivo dei capi degli uffici, al conseguente rafforzamento dei poteri dei dirigenti, alla corsa e alla competizione inevitabile e per così dire naturale, una volta abbandonato il criterio dell'anzianità, per l'affidamento degli uffici direttivi; all'energia profusa da molti magistrati nell'accumulazione, nei loro *curricula*, dei titoli più vari giudicati a tal fine rilevanti.

Tutto questo sta riproducendo, sia pure in forme diverse, le vecchie carriere e la vecchia gerarchia che pensavamo superate, e rischia di far regredire la magistratura italiana alla situazione degli anni cinquanta e sessanta. Molti magistrati vivono il loro ruolo non più *sine spe et sine metu*, bensì con speranza e timori: con la speranza delle agognate promozioni e con il timore dei giudizi negativi. Ne risulta sminuita, ovviamente, la loro indipendenza, e ne vengono assecondati la competizione e il careerismo. I controlli di professionalità, soprattutto, finiscono di fatto per risolversi, o comunque per essere intesi – anche a causa dei giudizi indiretti su provvedimenti giudiziari estratti a sorte come campioni, non diversamente da quanto accadeva nei vecchi concorsi interni – in valutazioni dei provvedimenti medesimi, con conseguente incoraggiamento del conformismo e della dipendenza dagli

orientamenti giurisprudenziali dominanti. Si capisce, d'altro canto, come questa restaurazione delle carriere e delle gerarchie incida anche sulla natura delle correnti dell'Associazione Nazionale Magistrati, inclusa Magistratura Democratica. Le correnti infatti, a causa della loro rappresentanza nel CSM, vengono da molti percepite come centri di potere dai quali attendere ed esigere sostegno o protezione.

Ebbene, a proposito di questa regressione voglio essere molto franco. Magistratura Democratica potrà continuare a svolgere il suo ruolo storico di democratizzazione della magistratura, rifondare la deontologia giudiziaria e con essa il senso della giurisdizione, solo se saprà contrastare programmaticamente questa involuzione. A tal fine, a me pare, si richiedono due condizioni: la prima relativa alla politica del gruppo, la seconda alla deontologia dei singoli magistrati.

La prima condizione riguarda la politica culturale e istituzionale di MD. Magistratura Democratica, a me pare, dovrebbe sviluppare, anche sulla base di una seria riflessione autocritica su errori del passato, una ferma battaglia contro ogni forma di gerarchia e di carriera. In primo luogo una battaglia per la soppressione o quanto meno una riforma dei controlli di professionalità. In tanti anni, a quanto mi è stato detto, si contano sulle dita di una mano i magistrati espulsi per inidoneità. Il ruolo principale di tali controlli consiste quindi nella loro rilevanza ai fini delle carriere. E allora sarebbe bene eliminarli, o comunque conservarli ai soli fini del giudizio di inidoneità. Tutti gli altri giudizi – come è stato proposto da Giuseppe Cascini – dovrebbero, se non soppressi, essere tutti uguali: quali giudizi, appunto, di semplice idoneità. In secondo luogo andrebbe sviluppata una battaglia soprattutto culturale per un forte ridimensionamento, nell'immaginario dei giudici, del prestigio associato alle pur rilevanti funzioni organizzative dei dirigenti degli uffici. Certamente per i giovani giudici della mia generazione era più facile contestare e svalutare le funzioni dirigenti, ricoperte allora da vecchi magistrati reazionari, formati in prevalenza durante il fascismo. Ma oggi che quelle funzioni sono almeno in parte ricoperte dai contestatori di allora dovrebbe essere, per costoro, non soltanto facile, ma doveroso negare ogni aprioristico prestigio e mostrare, con il loro esempio, che

non esistono magistrature “alte” né magistrature “basse”.

La seconda condizione è ancor più importante, ed è connessa alla battaglia culturale di cui ho appena parlato. Consiste nello sviluppo di un costume deontologico di rifiuto della carriera, la quale va guardata con distacco e quanto più possibile svalutata. Due anni fa, intervenendo nello scorso congresso di MD, proposi nove regole di deontologia giudiziaria³. A quelle nove regole voglio ora aggiungerne una decima: il rifiuto di ogni forma di careerismo. Dovrebbe diventare una questione di stile il non voler fare carriera: il non abbandonare il ruolo giudicante o requirente in favore di ruoli prevalentemente amministrativi e rappresentativi come sono quelli dei capi degli uffici. Dovrebbero trasformarsi in costume deontologico la non aspirazione a funzioni dirigenti e lo sviluppo di un amor proprio professionale, in forza del quale la massima ambizione di un magistrato dovrebbe consistere essenzialmente nel miglior esercizio del ruolo di garanzia giurisdizionale dei diritti fondamentali delle persone. Dovrebbe risultare più gratificante di qualunque carriera, in altre parole, la prospettiva, per i magistrati, di essere giudicati e ricordati, da quanti hanno avuto ed avranno la ventura di incontrarli – come imputati o come parti offese, come attori o come convenuti, come avvocati, o come periti o come testimoni – per il loro equilibrio, per la loro umanità e per la loro capacità di rendere effettivamente giustizia.

3. *Il ruolo dell'associazionismo giudiziario, e in particolare di MD, nelle battaglie civili a sostegno dei valori costituzionali* – Vengo così al secondo e forse ancor più importante senso e valore democratico dell'associazionismo dei magistrati: la vocazione, criticata e paventata da Vittorio Emanuele Orlando, alla lotta e all'impegno civile che l'associazionismo inevitabilmente comporta. Indicherò sommariamente quelle che a me sembrano le più rilevanti valenze democratiche di questo impegno collettivo, rivelatesi, fin dalle origini, nell'esperienza della prima Magistratura Democratica.

E' stato innanzitutto l'associazionismo dei giudici, e soprattutto quello sviluppatosi con particolare passione in MD, che ha prodotto una presa di coscienza collettiva in ordine ai valori costituzionali che la giurisdizione ha il compito di attuare e difendere. E' stata l'azione collettiva del gruppo che ha alimentato, e prima

ancora reso possibili le sue tante battaglie civili: per la democratizzazione dell'ordine giudiziario, a favore della realizzazione del principio del giudice naturale e a sostegno, nell'esercizio della giurisdizione, dei principi e dei diritti costituzionalmente stabiliti. A sostegno, soprattutto, del valore del principio di uguaglianza, in entrambi i suoi significati, quello formale e quello sostanziale, espressi dai due commi dell'art.3 della nostra Costituzione. E' stato grazie alla riflessione collettiva di Magistratura Democratica che quel valore dell'uguaglianza è stato preso sul serio, insieme a quello dell'indipendenza, fino a generare la consapevolezza che andava ribaltata la vecchia accusa di politicizzazione nei confronti dei magistrati impegnati nei processi contro i reati dei colletti bianchi, e non più solo in quelli contro i delinquenti di strada: i magistrati, possiamo al contrario ben dire, hanno smesso di essere politicizzati allorquando hanno cominciato ad applicare la legge in maniera uguale nei confronti di tutti, non solo dei deboli ma anche dei potenti.

E' infine l'associazionismo dei giudici che rappresenta il principale antidoto contro due tentazioni involutive che sempre minacciano la figura del magistrato. La prima involuzione, cui soprattutto è esposto il giudice isolato, è quella di tipo burocratico, cui corrisponde la figura del giudice burocrate, amante del quieto vivere e delle gerarchie, gravitante di solito nell'area del potere e perciò tendenzialmente debole con i forti e forte con i deboli. E' il tipo di giudice che la mia generazione incontrò in Italia negli anni Cinquanta e Sessanta, ma che anche oggi rischia di riprodursi in quei magistrati il cui orizzonte e le cui ambizioni, proprio a causa del loro isolamento, finiscono per esaurirsi nelle prospettive di carriera.

La seconda involuzione, parimenti favorita dall'assenza del confronto critico di tipo associativo, è quella apparentemente opposta, di tipo bellicista e inquisitorio, del magistrato protagonista e narcisista, spesso alla ricerca della popolarità, che assume se stesso come “potere buono” in lotta contro il male – il terrorismo, o la mafia, o il crimine organizzato, o la corruzione o altro ancora – cui corrisponde la concezione dell'imputato come nemico. E' il modello, appunto, del “diritto penale del nemico” teorizzato da Günther Jakobs e duramente contestato da Cesare Beccaria: quello

che Beccaria chiamò il “processo *offensivo*”, dove “il giudice diviene nemico del reo... e non cerca la verità del fatto, ma cerca nel prigioniero il delitto, e lo insidia, e crede di perdere se non vi riesce”, cui egli contrappose il modello garantista del “vero processo, *l’informativo*, cioè la ricerca indifferente del fatto”⁴, dove il giudice è “un indifferente ricercatore del vero”, e non un “avvocato del fisco” che “s’impadronisce del corpo di un reo e lo strazia con metodiche formalità, per cavarne come da un fondo acquistato tutto il profitto che può”⁵.

C’è poi una terza involuzione della magistratura nel suo complesso che non tanto l’associazionismo in quanto tale, quanto, piuttosto, lo specifico tipo di associazionismo promosso da Magistratura Democratica è in grado di contrastare: lo sviluppo del corporativismo giudiziario. Contro questa involuzione, quella politicamente più lesiva della credibilità della magistratura, MD sviluppò taluni anticorpi, corrispondenti ad altrettante opzioni strategiche: in primo luogo la critica pubblica, giuridicamente argomentata, dei provvedimenti e degli orientamenti giudiziari lesivi dei diritti fondamentali e più in generale dei principi costituzionali; in secondo luogo lo sviluppo fecondo del dibattito culturale, all’interno dell’Associazione Nazionale dei Magistrati, sulle diverse concezioni della giurisdizione e sui diversi orientamenti giurisprudenziali; in terzo luogo l’apertura del gruppo all’esterno, cioè alla società, e la sua partecipazione al dibattito pubblico sulla giustizia e sui temi istituzionali ad essa più strettamente connessi. Ho l’impressione che queste opzioni – soprattutto la prima – siano state abbandonate; con il risultato, deleterio soprattutto per l’immagine dell’ordine giudiziario, che la magistratura è stata assai spesso percepita come una casta omogenea o, peggio, come una corporazione di potere, compattamente impegnata nella tutela dei suoi componenti e nella difesa anche delle pratiche giudiziarie di segno illiberale e anti-garantista.

4. *Il ruolo del confronto e del dibattito associativo* – Insomma, è stata proprio la vocazione alle battaglie civili paventata da Vittorio Emanuele Orlando come naturale portato dell’associazionismo che è stata decisiva nella formazione dell’identità costituzionale di Magistratura Democratica ed anche, grazie all’influenza di MD, di una parte rilevante dell’odierna magistratura. Domandiamoci

allora: perché mai l’associazionismo ha avuto un ruolo così decisivo nello sviluppo di una cultura garantista e di una pratica giudiziaria indipendente? E perché la crisi dell’associazionismo, e in particolare di MD, rischia di far cadere la tensione morale e ideale che dovrebbe sempre animare la giurisdizione e di far regredire la cultura democratica dei magistrati? Per due semplici ragioni, in gran parte implicite nei timori espressi da Orlando oltre un secolo fa ed entrambe di carattere generale: in primo luogo perché le battaglie civili, sia pure a sostegno di valori elementari di civiltà, è ben difficile che possano essere condotte con successo da singoli individui, potendo esserlo efficacemente soltanto da soggetti collettivi; in secondo luogo perché l’associazionismo è sempre un fattore di mobilitazione intellettuale e culturale, e perciò di riflessione e di elaborazione collettiva, di solidarietà e di comune impegno civile, a sostegno dei valori che definiscono l’identità del gruppo associato.

Per quel che riguarda la magistratura, è stato certamente l’impegno collettivo in MD che ha dato senso, come ha scritto Anna Canepa nella sua bella relazione introduttiva, al lavoro di giudice. È stato questo, del resto, il ruolo principale di MD per ormai molte generazioni di magistrati: dare un senso alto, attraverso il confronto e la riflessione collettiva, al loro lavoro. Naturalmente nel dibattito interno si manifestano, oggi come allora, divisioni e divergenze. Ho saputo dei molti dissensi che attualmente dividono la corrente. Ai miei tempi c’erano sicuramente (e direi fortunatamente), in MD, scontri ancora più aspri: tra marxisti e liberal-socialisti; tra filo-comunisti ed extra-parlamentari; tra moderati ed estremisti. Ma ciò che sempre ha determinato l’unità del gruppo non sono state l’omogeneità delle opinioni o una qualche identità delle opzioni politiche e culturali. Ciò che ha determinato e ancora determina l’unità è il dibattito medesimo, cioè il fatto di essere accomunati dal bisogno, da tutti condiviso, di una riflessione comune sul senso della giurisdizione e sui valori che ad essa devono presiedere. L’unità e l’identità del gruppo, in breve, non sono date dalle risposte, ma dalle domande che tutti si pongono e avvertono il bisogno di porsi nel confronto con gli altri. Non sono mai consistite in un’unità e in un’identità basate su una comune ideologia o su opinioni etico-politiche da tutti condivise, ma sempre e solo nella comune disponibilità e volontà di

confrontarsi sul senso della giurisdizione, sul suo rapporto con la società, sulle sue fonti di legittimazione e sulla sua collocazione entro l'assetto costituzionale dei pubblici poteri.

Fu questa riflessione collettiva sui fondamenti della giurisdizione la novità e l'eresia della Magistratura Democratica delle origini. Ma questo vuol dire che l'identità di MD è costituita precisamente da questa comune riflessione; mentre sarebbe radicalmente negata ove essa si riducesse a quella di un gruppo di potere, magari di tipo sindacale, a tutela degli interessi degli iscritti. Sotto questo aspetto – la riflessione sulla natura e sul ruolo della giurisdizione – la nascita di MD, cinquanta anni fa, segna un prima e un dopo nella storia dell'associazionismo giudiziario italiano. Prima di allora l'ideologia prevalente era quella paleo-giuspositivistica della neutralità, dell'a-politicità e dell'a-valutatività della funzione giudiziaria, concepita come funzione puramente tecnica, anche per questo organizzata su basi gerarchiche ed aliena quindi da qualunque riflessione sui fondamenti politici della giurisdizione. I giudici vivevano perciò isolati non solo dalla società, ma anche, sostanzialmente, dai loro stessi colleghi. La critica dei provvedimenti, pur se in nome dei valori che legittimano la giurisdizione, era preclusa come una sorta di lesa maestà. Il dibattito sulla professione di giudice era visto con avversione e sospetto dall'alta magistratura. Il modello prevalente era quello del giudice burocrate, puro tecnico del diritto, bocca della legge appunto. MD rinnovò radicalmente l'associazionismo giudiziario facendo prevalere su qualunque altra questione il dibattito teorico e politico dei magistrati su se stessi, cioè sul loro stesso ruolo di giudici o di pubblici ministeri. Fu questo dibattito diretto alla ridefinizione collettiva del ruolo del giudice, ben al di là delle divergenze che intorno ad essa si manifestarono, il vero fattore di rottura rispetto alla tradizione e, insieme, la ragione dell'unità e dell'identità del gruppo e del ruolo da esso svolto nella rifondazione costituzionale dell'ordine giudiziario.

5. *L'opzione per i principi della Costituzione e la divaricazione tra costituzione e diritto vigente* – Quel dibattito, infatti, contagiò ben presto l'intera Associazione Nazionale Magistrati, coinvolgendo anche le altre correnti nella ridefinizione della loro identità e della loro ragion d'essere. Esso fu del resto alimentato da un potente fattore di crisi della vecchia figura

a-politica del magistrato: la scoperta della Costituzione e l'assunzione dei valori sostanziali da essa stabiliti – dal principio di uguaglianza a quello della dignità delle persone, dai diritti fondamentali, di libertà e sociali, alla centralità del lavoro e alle garanzie dei diritti dei lavoratori – quali principi informatori dell'interpretazione giudiziaria della legge,

Fu grazie all'adesione a questi valori che la nostra idea del primato della Costituzione venne a saldarsi, nella concezione del ruolo del giudice, con quella che chiamammo la "scelta di campo" a sostegno dei soggetti deboli, che dei diritti costituzionalmente stabiliti sono i titolari più di tutti insoddisfatti. Ne risultò capovolta la vecchia immagine del ruolo del giudice: non più solo la conservazione dell'ordine esistente, ma anche la sua trasformazione in attuazione del progetto costituzionale. Era "compito della Repubblica" e quindi anche nostro – dicevamo ripetendo il capoverso dell'articolo 3 della Costituzione, da noi elevato a norma fondamentale dell'ordinamento – garantire i diritti dei soggetti più deboli, che sono poi i diritti maggiormente lesi, e non ignorare le discriminazioni e le disuguaglianze "di fatto" che la Repubblica, e quindi anche la giurisdizione, ha il compito costituzionale, per quanto di sua competenza, di "rimuovere".

Ma soprattutto la Costituzione presa sul serio ci rese consapevoli della divaricazione tra i valori costituzionali, che disegnano una sorta di utopia di diritto positivo mai del tutto realizzata né realizzabile – l'uguaglianza anche sostanziale, le libertà fondamentali, i diritti sociali e quelli del lavoro – e la realtà della legislazione vigente, ancora in larga parte di origine fascista, oltre che della giurisprudenza allora dominante che ignorava la Costituzione. Quella divaricazione rendeva non solo possibile, ma costituzionalmente doverosa la critica giuridica, e non soltanto politica, del diritto vigente, e rendeva perciò insostenibile, anche sul piano tecnico-giuridico, la vecchia immagine del giudice "bocca della legge".

Di qui il capovolgimento che proponemmo della figura del giudice e della giurisdizione secondo l'immagine allora dominante, sia a destra che a sinistra: da un lato dell'immagine della giurisdizione promossa dalla cultura conservatrice come attività avalutativa e meccanica e dell'ordine giudiziario come un corpo tecnico omogeneo, gerarchizzato e ben

integrato nel sistema dei pubblici poteri; dall'altro l'immagine politicamente opposta ma altrettanto classista, espressa dalla cultura vetero-marxista, del giudice come mero esecutore di leggi che altro non sono che l'espressione della volontà della classe dominante. Entrambe queste figure furono allora ribaltate dal mutamento di paradigma del diritto e del giudice intervenuto, a nostro parere, con la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali: diritto e diritti non più quali leggi del più forte, ma al contrario come leggi del più debole contro la legge del più forte che vigerebbe in loro assenza; giurisdizione e giudici, conseguentemente, non più quali funzioni e organi di un diritto espressione dei soli interessi dei più forti, ma al contrario garanti dei diritti fondamentali di tutti – dei diritti di libertà. ma anche dei diritti sociali – e perciò, soprattutto, dei diritti dei più deboli, i quali più di tutti soffrono delle loro lesioni o delle loro inadempienze.

E' chiaro che un simile capovolgimento comportava e comporta tuttora un ruolo critico dei giudici e dei giuristi nei confronti del diritto illegittimo e dell'assetto sociale di cui questo è espressione: la critica, appunto, delle leggi medesime, ove queste siano ritenute in contrasto con i principi costituzionali; e, insieme, la critica, contro ogni forma di solidarietà corporativa, dei provvedimenti giudiziari e in generale della giurisprudenza che quei principi ignorano o peggio contraddicono. Fu proprio quella divaricazione tra il dover essere costituzionale e l'essere effettivo del diritto che fin da allora mi parve il tratto più prezioso e fecondo del costituzionalismo rigido. Ne conseguiva il ruolo critico del diritto vigente assegnato dalla Costituzione sia alla giurisdizione che alla scienza giuridica: attraverso il rifiuto delle sue interpretazioni incompatibili con la costituzione, le eccezioni di incostituzionalità, i dibattiti politici sulla necessità di riformare la legislazione fascista (ricordo solo il referendum – il primo nella storia della Repubblica – che tentammo di promuovere sui reati d'opinione con una raccolta di firme che però non raggiunse le 50.000 firme necessarie) e, più in generale, sul dovere in capo ai pubblici poteri di attuare la

costituzione. Ne conseguiva altresì la lotta, che giustamente il vecchio Orlando paventava come frutto dell'associazionismo, contro l'inerzia della legislazione nella riforma dei codici fascisti e la conseguente ineffettività della costituzione. La cultura del gruppo, delle sue componenti marxiste come di quelle liberal-socialiste, fu insomma cementata dalla critica del diritto vigente e dalla promozione di una giurisprudenza che allora chiamammo "alternativa" a quella dominante, ma che semplicemente era una giurisprudenza informata ai valori costituzionali.

Insisto su questa normatività forte che allora associammo alla Costituzione. Quella normatività forte vale infatti a spiegare un fenomeno nuovo nella storia della cultura politica. Tradizionalmente la politica e la filosofia politica erano sempre state, fino ad allora, assai più progressiste della cultura giuridica, sia dei giudici che dei giuristi, sempre, per natura e vocazione, conservatrice o peggio reazionaria. MD inaugurò una sorta di rovesciamento di quel rapporto, cui si associò successivamente anche una parte della cultura accademica: lo sviluppo di una cultura giuridica impegnata nella difesa dei diritti fondamentali, dello stato sociale e del lavoro, ben più progressista della cultura politica, sempre più orientata, al contrario, nella direzione opposta della restrizione dei diritti e delle conquiste dello stato sociale. La ragione di questo rovesciamento è semplice: risiede nella costituzione, tanto presa sul serio da settori crescenti della magistratura e della scienza giuridica, quanto tendenzialmente ignorata e rimossa dal ceto politico. Non a caso è alla giurisdizione che sempre più spesso le persone si rivolgono come al luogo della garanzia dei diritti, in grado di soddisfare istanze di giustizia rispetto alle quali si rivelano sempre più impermeabili i sistemi politici e gli apparati amministrativi⁶. Non a caso è soprattutto la cultura giuridica, in particolare quella costituzionalistica e quella filosofico-giuridica, che è oggi impegnata nella difesa della Costituzione e dei suoi principi democratici contro le loro manomissioni ad opera della politica.

NOTE

- (*) Intervento nella sessione "A che cosa serve l'associazionismo giudiziario?" del XX Congresso di Magistratura Democratica, svoltosi a Reggio Calabria nei giorni 27-29.3.2015.
1. Ne riferisce Emilio R. Papa, *Magistratura e politica. Origini dell'associazionismo democratico nella magistratura italiana (1861-1913)*, Marsilio, Padova 1973, pp. 95 e 104-105. Ma si veda anche, su questa intervista, P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el estado constitucional*, Editorial Trotta, Madrid 2015, cap. XVII.
 2. E' la motivazione del provvedimento riportata da A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bologna 2012, p. 151.
 3. *Nove massime di deontologia giudiziaria*, in "Questione giustizia", 2012, n. 6, pp. 74-82.
 4. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ed. di Livorno del 1766, a cura di Franco Venturi, Einaudi, Torino (1961), 5° ed. 1981, § XVII, p. 46.
 5. Ivi, p. 45.
 6. Si vedano, in questo senso, S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari 1992, pp. 169-186 e P. Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2007, pp. 41-43 e 107-126.

LA CORTE Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y RESEÑA DE JURISPRUDENCIA EN CASOS BRASILEÑOS

.....

Manuel E. Ventura Robles

Juez y exvicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Miembro de la Junta Directiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Miembro de la International Law Association; Miembro de la American Society of International Law; Miembro del "Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional"; Miembro Honorario de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional y reconocido por ésta con el Premio Manuel María de Peralta.

RESUMEN

En este artículo se analiza el funcionamiento y evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, así como se hace una reseña de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos relativos al Estado brasileño. Se mencionan las principales funciones, atribuciones y competencias de los dos órganos del sistema, a saber: Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Se describe además el proceso de un caso contencioso en el sistema interamericano, su tramitación ante ambos órganos. Se presenta un estudio de la evolución de los reglamentos emitidos por la Corte Interamericana y los cambios en el procedimiento que éstos han implicado, así como una explicación acerca de la supervisión del cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte y el procedimiento respectivo. Por último se realiza una reseña de la jurisprudencia de la Corte en las sentencias dictadas en contra del Estado de Brasil y las principales disposiciones emitidas en estos casos.

Palabras Clave

Sistema interamericano de protección de los derechos humanos; Corte Interamericana; Comisión Interamericana; competencias; funciones; mandato; medidas provisionales; casos contenciosos; opiniones consultivas; procedimiento; tramitación; reglamentos; cumplimiento de sentencias; jurisprudencia; casos brasileños.

I. INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante "SIDH" o "Sistema Interamericano") es el mecanismo regional encargado de promover y proteger los derechos humanos en América.

Con base en su soberanía y en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), los Estados americanos adoptaron una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base del Sistema Interamericano. Dicho sistema reconoce y define estos derechos y establece obligaciones tendientes a su promoción y protección, y crea órganos destinados a velar por su observancia, los cuales son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde su creación, el Sistema Interamericano ha evolucionado y se ha fortalecido, logrando una amplia esfera de promoción y protección de los derechos humanos a través de las funciones políticas y cuasi-judiciales de la Comisión y las funciones contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana.

II. EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA IDH

Como se mencionó anteriormente, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos está compuesto por una serie de tratados y dos órganos de protección, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Propiamente es la Convención Americana la que establece a través de su artículo 33 que los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en la Convención son la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. La Convención establece además un catálogo de derechos humanos protegidos por dicho instrumento.

Procederemos a continuación a dar una breve reseña de cada uno de estos órganos, para luego proceder a relatar los procedimientos de ambos órganos para la tramitación de un caso contencioso ante el sistema.

a. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la OEA, cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que actúa en representación de todos los países miembros de la OEA. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal, que no representan a ningún país en particular y que son elegidos por la Asamblea General.

Funciones y atribuciones de la CIDH

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato:

1. Recibe, analiza e investiga peticiones individuales que alegan violaciones de los derechos humanos, según lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención.

2. Somete casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana y actúa frente a la Corte en dichos litigios.

3. Requiere a los Estados que tomen “medidas cautelares” específicas para evitar daños graves e irreparables a los derechos humanos en casos urgentes. Puede también solicitar que la Corte Interamericana requiera “medidas provisionales” de los Gobiernos en casos urgentes de peligro a personas, aún cuando el caso no haya sido sometido todavía a la Corte.

4. Solicita “Opiniones Consultivas” a la Corte Interamericana sobre aspectos de interpretación de la Convención Americana.

5. Observa la vigencia general de los derechos humanos en los Estados miembros, y cuando lo considera conveniente publica informes especiales sobre la situación en un Estado en particular.

6. Realiza visitas *in loco* a los países para profundizar la observación general de la situación, y/o para investigar una situación particular. Generalmente, esas visitas resultan en la preparación de un informe respectivo, que se publica y es enviado a la Asamblea General.

7. Estimula la conciencia de los derechos humanos en los países de América. Para ello entre otros, realiza y publica estudios sobre temas específicos. Así por ejemplo sobre: medidas para asegurar mayor independencia del poder judicial; actividades de grupos irregulares armados; la situación de derechos humanos de los menores, de las mujeres, de los pueblos indígenas.

b. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Estatuto de la Corte dispone que ésta es una institución judicial autónoma que tiene su sede en San José, Costa Rica y cuyo objetivo es el de aplicar e interpretar la Convención. La Corte está integrada por siete Jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA. Son elegidos a título personal “entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos” (artículo 52 C.A.D.H.).

Competencias de la Corte

De acuerdo con la Convención, la Corte ejerce las funciones contenciosa y consultiva. La primera se refiere a la resolución de casos en que se ha alegado que uno de los Estados Partes ha violado la Convención y la segunda a la facultad que tienen los Estados Miembros de la Organización de consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o “de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”. También podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos de la OEA señalados en su Carta.

1. Función contenciosa (Art. 62 CADH): a través de la cual la Corte determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por haber violado alguno de los derechos consagrados o estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De acuerdo con el artículo 61.1 de la Convención “[s]ólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.

El artículo 63.1 de la Convención incluye la siguiente disposición concerniente a los fallos de la Corte:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

El inciso 2 del artículo 68 de la Convención dispone que “[l]a parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de Sentencias contra el Estado”.

En relación con los efectos de la competencia del Tribunal, los fallos por éste emitidos son “definitivo[s] e inapelable[s]”. Sin embargo, “en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo” (artículo 67 C.A.D.H.). Los Estados Partes “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (artículo 68 de la Convención).

Por último, la Corte somete a la Asamblea General en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor, en el cual “[d]e manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos” (artículo 65 C.A.D.H.).

2. Función consultiva (Art. 64 CADH): a través de la cual, la Corte responde aquellas consultas que formulan los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma, sobre temas

atinentes a la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en las Américas.

El derecho de solicitar una opinión consultiva no se limita a los Estados Partes en la Convención; todo Estado miembro de la OEA tiene capacidad de solicitarla. Igualmente, la competencia consultiva de la Corte fortalece la capacidad de la Organización para resolver los asuntos que surjan por la aplicación de la Convención, ya que permite a los órganos de la OEA consultar a la Corte, en lo que les compete.

4. Medidas provisionales (Art. 63.2 CADH): dentro de la función jurisdiccional se debe hacer referencia a las medidas provisionales, a través de las cuales la Corte podrá tomar las medidas que considere pertinentes en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas. El tribunal puede ordenar estas medidas provisionales en casos que estén en conocimiento de la Corte, o en asuntos que aún no se han sometido a su conocimiento, en cuyo caso actuará a solicitud de la Comisión Interamericana.

c. Proceso de un caso contencioso ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos

En primer término todas las peticiones sobre supuestas violaciones a los derechos humanos deben ser presentadas ante la Comisión Interamericana. Una vez que ésta ha recibido dicha petición procede a verificar que la misma cumpla con todos los requisitos. Posteriormente la Comisión trasmite al Estado la documentación pertinente y solicita información sobre la admisibilidad de la petición. Acto seguido se da traslado de la respuesta del Estado al peticionario y la Comisión verifica si aún subsisten los motivos de la petición. En caso afirmativo, se prepara y aprueba el informe sobre admisibilidad que permite el registro y la apertura del caso.

Abierto el caso, la Comisión procede a notificar a las partes y les somete una propuesta de solución amistosa. En caso de haber una respuesta afirmativa a dicha solución amistosa, se lleva a cabo un proceso que culmina con un informe de solución amistosa, o en caso que dicha solución no se logre se prosigue con la tramitación del caso. En caso que no haya

solución amistosa, la Comisión solicita a los peticionarios sus alegatos sobre el fondo y luego los traslada al Estado para sus observaciones, que a su vez son transmitidas a los peticionarios. Posteriormente se realiza una audiencia pública, la cual es seguida por una decisión sobre el fondo.

Alcanzada la decisión sobre el fondo, la Comisión emite un informe en el que se establecen las violaciones y se formulan recomendaciones o en caso contrario, emite un informe señalando que las violaciones alegadas no fueron constatadas. En el primer caso, este informe se traslada al Estado para su respuesta, el cual debe decidir si cumple o no con las recomendaciones formuladas por la Comisión. En el caso de que el Estado no acepte dichas recomendaciones, la Comisión decide mediante una decisión fundada si somete o no el caso ante la Corte Interamericana.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que sólo los Estados partes y la Comisión Interamericana tiene derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. Los casos contenciosos son sometidos a la Corte a través de la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención, por parte de la Comisión Interamericana o a través de un escrito motivado cuando el caso lo somete un Estado. Una vez que el caso es sometido, se realiza un examen preliminar y posteriormente se notifica a la Presidencia y los jueces, al Estado demandado, a la Comisión (si no es ella quien presentó el caso) y a la presunta víctima, sus representantes o el Defensor Interamericano, si fuera el caso. Existe la posibilidad que se de una terminación anticipada del proceso, ya sea por una solución amistosa entre las partes o por un sobreseimiento del mismo.

Posteriormente continúa el procedimiento escrito, en el cual la presunta víctima o sus representantes someten un escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, y el Estado demandado expone por escrito su posición sobre el caso sometido a la Corte, en la que debe incluir excepciones preliminares de considerarlo pertinente. Una vez finalizado el procedimiento escrito se procede al procedimiento oral, en el cual la Presidencia señala la fecha de apertura de dicho procedimiento y fija las audiencias que fueran necesarias. En la audiencia pública, la Comisión expone los fundamentos de su Informe y de la presentación del caso ante la Corte, así como cualquier asunto que considere

relevante para su resolución. Posteriormente, los declarantes convocados son interrogados por las partes y los jueces les hacen las preguntas que consideren pertinentes. Después se concede la palabra a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado demandado para que expongan sus alegatos con la posibilidad de una réplica y dúplica. Concluidos los alegatos, la Comisión presenta sus observaciones finales. Por último, los jueces formulan las preguntas que estimen convenientes a la Comisión, a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado. Durante la audiencia, la Corte puede recibir declaraciones testimoniales, periciales o de presuntas víctimas haciendo uso de medios electrónicos audiovisuales. Finalizada esta audiencia pública las partes pueden hacer llegar a la Corte sus alegatos finales en forma escrita. De la misma forma, la Comisión puede, si lo estima conveniente, presentar observaciones finales escritas. Posteriormente la Corte se reúne para deliberar y emitir una sentencia sobre el caso contencioso en cuestión. En los últimos años esta sentencia contiene el pronunciamiento sobre las excepciones preliminares, en caso que hayan sido interpuestas, el fondo del caso y las reparaciones y costas en caso de ser una sentencia condenatoria. Por último, la Corte procede a supervisar el cumplimiento de dicha sentencia por parte del Estado condenado.

III. LOS REGLAMENTOS DE LA CORTE

A lo largo de su historia y como una consecuencia lógica de su evolución la Corte ha emitido 5 Reglamentos. El primero de ellos, aprobado en 1980, establecía, entre otras cosas, que las dos únicas partes en el proceso contencioso ante la Corte eran la Comisión y el o los Estados Partes que participaran en él. El segundo Reglamento de la Corte, aprobado por ésta en el año 1991, mantuvo en lo esencial la situación del anterior Reglamento, con la adición de que el Estado podía designar también un Agente Alterno y la Comisión debía informar a la Corte si entre quienes asistían a la Comisión figuraban abogados representantes designados por el denunciante original, por la presunta víctima o por los familiares de ésta. Es con el tercer Reglamento de la Corte, aprobado por ésta en 1996, en que se da participación autónoma a la presunta víctima o a sus representantes, pero únicamente en la etapa de reparaciones.

Pero es con el cuarto Reglamento de la Corte que entró en vigencia el 1 de junio de 2001, que se da participación autónoma a la presunta víctima o a sus representantes en todo el proceso contencioso ante la Corte, *locus standi in judicio*, una vez que el caso es sometido a la Corte por la Comisión Interamericana, de acuerdo con el artículo 61.1 de la Convención. Esta es una reforma histórica ya que le reconoce al ser humano como sujeto del derecho internacional y le otorga plena capacidad de actuar dentro de todo el proceso ante la Corte. Además, esta reforma reglamentaria aclara que las verdaderas partes en un caso contencioso son los individuos demandantes, el Estado demandando y, solo procesalmente, la Comisión Interamericana.

Posteriormente, en el año 2003 se llevó a cabo otra reforma del reglamento en la que se modificó el artículo relativo al escrito de demanda. A dicho artículo se le agregó un numeral que establecía que si la demanda de la Comisión no contenía los nombres y dirección de los representantes de la presunta víctima, la Comisión sería su representante procesal a modo a evitar la indefensión de las mismas. Sin embargo, esta reforma no aportaba soluciones a la problemática antes descrita.

En el año 2009 se llevó a cabo otra importante reforma reglamentaria que, entre otras, significó los siguientes avances: en primer lugar, la definición del papel de la Comisión y las presuntas víctimas con algunas modificaciones al proceso, y en segundo lugar, la institución del Defensor Interamericano y Fondo de Asistencia Legal de Víctimas. Al respecto, se confirmó que las partes en el proceso son el Estado y los representantes de la/s presunta/s víctima/s y se estableció que la Comisión tiene el papel de ser un “órgano del sistema interamericano afianzado”, encargado de velar por que en cada caso no se altere el orden público interamericano de los derechos humanos.

En este sentido, cambió la actuación de la Comisión durante el proceso ante la Corte. Durante la etapa escrita, para someter el caso ante la Corte, la Comisión ya no debe aportar un escrito de demanda, sino que debe presentar el Informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención Americana¹. Por lo tanto, ya no le es posible a la Comisión ofrecer testigos ni declarantes, sólo peritos en casos especiales. En la audiencia pública, la Comisión abre la audiencia señalando los motivos por los que presentó el caso

ante la Corte y la cierra con sus observaciones finales. Durante los interrogatorios, sólo puede interrogar a los peritos que ella misma propuso. Asimismo, sólo puede interrogar a los propuestos por el Estado y los representantes de las presuntas víctimas en caso de que la Corte lo autorice después de haber hecho una solicitud fundada al respecto.

IV. CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE

La ejecución de las sentencias está íntimamente ligada a la supervisión del cumplimiento de la misma por la Corte debido a la laguna del artículo 65 de la Convención, el cual no establece un órgano específicamente encargado de supervisar el cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte.

Con el propósito de poder determinar si un Estado Parte en la Convención Americana ha cumplido con las reparaciones ordenadas en la sentencia, la Corte tuvo que implementar un procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencia a partir de una base jurisprudencial que resolvió la controversia que se presentó cuando Panamá cuestionó las facultades del Tribunal para realizar dicha supervisión.

En la práctica que se sigue ante el Tribunal, se analizan los informes de cumplimiento que presenta el Estado, las observaciones que sobre éste hacen las víctimas y/o sus representantes y las que sobre ambos presenta la Comisión Interamericana, y se determina el grado de cumplimiento que la sentencia ha alcanzado. Generalmente se solicitan varios informes antes de cerrar el caso o informar a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el incumplimiento de la sentencia.

La descrita situación obliga a la Corte a emitir numerosas resoluciones sobre cumplimiento de sentencia, en las cuales solicita al Estado información sobre el cumplimiento que se le da a las sentencias emitidas por el Tribunal, se insta al Estado a dar cumplimiento de lo ordenado por la Corte y se da cuenta del grado de cumplimiento de las mismas.

Actualmente, el procedimiento sobre la supervisión del cumplimiento de las sentencias y otras decisiones de la Corte se encuentra regulado en el artículo 69 del nuevo Reglamento de la Corte. Con la reforma que se llevó a cabo en el año 2009 también se incorporaron

normas reglamentarias relativas a la celebración de audiencias privadas de supervisión de cumplimiento.

Al respecto, es importante mencionar que las reparaciones dictadas por la Corte en sus sentencias se caracterizan por su amplitud. Por ello, los mecanismos de supervisión de sentencias que ha implementado el Tribunal son complejos pues abarcan una variedad de asuntos y obligaciones. Ello requiere, por lo general, que para que los Estados cumplan a plenitud con sus obligaciones de reparar las violaciones a los derechos humanos, realicen actos de diverso tipo, en los que muchas veces se requiere la participación de diferentes instituciones del Estado.

V. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN CASOS BRASILEÑOS

La República Federativa del Brasil, aceptó la competencia contenciosa de la Corte el 10 de diciembre de 1998. Desde ese momento hasta hoy, la Corte Interamericana ha resuelto cinco casos contenciosos y seis medidas provisionales de protección contra el Estado brasileño. A continuación procederé a dar una reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, relativa a los casos contenciosos contra Brasil.

1. Caso Ximenes Lopes²

Este caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y maltratos a los que fue sometido Ximenes Lopes en una institución mental, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables. Los hechos de este caso se relacionan con el señor Damião Ximenes Lopes, quien durante su juventud desarrolló una discapacidad mental de origen orgánico, proveniente de alteraciones en el funcionamiento de su cerebro. El señor Damião Ximenes Lopes fue admitido en la Casa de Reposo Guararapes, como paciente del Sistema Único de Salud (SUS), en perfecto estado físico, el 1 de octubre de 1999. Al momento de su ingreso no presentaba señales de agresividad ni lesiones corporales externas. El 3 de octubre de 1999 el señor Damião Ximenes Lopes tuvo una crisis de agresividad y estaba desorientado, por lo que fue dominado y retirado a la fuerza por un auxiliar de enfermería y por otros dos pacientes. Por la noche del mismo día,

la presunta víctima tuvo un nuevo episodio de agresividad, y volvió a ser sometido a contención física, a la que estuvo sometido entre la noche del domingo y el lunes por la mañana. El 4 de octubre de 1999, la madre de Damião Ximenes Lopes llegó a visitarlo y lo encontró sangrando, con hematomas, con la ropa rota, sucio y oliendo a excremento, con las manos amarradas hacia atrás, con dificultad para respirar, agonizante, y gritando y pidiendo auxilio a la policía. El señor Ximenes Lopes seguía sometido a la contención física que le había sido aplicada desde la noche anterior, ya presentaba excoriaciones y heridas, y se le dejó caminar sin la adecuada supervisión. El señor Damião Ximenes Lopes falleció el mismo día, aproximadamente dos horas después de haber sido medicado por el director clínico del hospital, y sin ser asistido por médico alguno en el momento de su muerte. Sus familiares interpusieron una serie de recursos. Sin embargo, no se realizaron mayores investigaciones y se sancionaron a los responsables.

Al respecto, la Corte declaró que el Estado violó los siguientes artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos), Artículo 25 (Protección Judicial), Artículo 4 (Derecho a la vida), Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) y Artículo 8 (Garantías Judiciales).

En su análisis de fondo, la Corte señaló que los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales. Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico. Esa vulnerabilidad aumentada, se da en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas.

La Corte consideró, además, que todo tratamiento de salud dirigido a personas con

discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado.

En consideración de que todo tratamiento debe ser elegido con base en el mejor interés del paciente y en respeto de su autonomía, el personal médico debe aplicar el método de sujeción que sea menos restrictivo, después de una evaluación de su necesidad, por el período que sea absolutamente necesario, y en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud.

Al señor Damião Ximenes Lopes se le sujetó con las manos hacia atrás entre la noche del domingo y el lunes por la mañana sin una reevaluación de la necesidad de proseguir en la contención, y se le dejó caminar sin la adecuada supervisión. Esta forma de sujeción física a que fue sometida la presunta víctima no satisface la necesidad de proveer al paciente un tratamiento digno, ni la protección de su integridad psíquica, física o moral.

Con la finalidad de determinar las obligaciones del Estado en relación con las personas que padecen de una discapacidad mental, la Corte estima necesario tomar en cuenta, en primer lugar, la posición especial de garante que asume el Estado respecto a personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes el Estado tiene la obligación positiva de proveer las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna. En segundo lugar, el Tribunal consideró que lo anterior se aplica de forma especial a las personas que se

encuentran recibiendo atención médica, ya que la finalidad última de la prestación de servicios de salud es la mejoría de la condición de salud física o mental del paciente, lo que incrementa significativamente las obligaciones del Estado, y le exige la adopción de las medidas disponibles y necesarias para impedir el deterioro de la condición del paciente y optimizar su salud. Finalmente, los cuidados de que son titulares todas las personas que se encuentran recibiendo atención médica, alcanzan su máxima exigencia cuando se refieren a pacientes con discapacidad mental, dada su particular vulnerabilidad cuando se encuentran en instituciones psiquiátricas.

El Tribunal ha establecido que el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud. En particular, respecto de las instituciones que prestan servicio público de salud, tal y como lo hacía la Casa de Reposo Guararapes, el Estado no sólo debe regularlas y fiscalizarlas, sino que además tiene el especial deber de cuidado en relación con las personas ahí internadas.

La Corte determine que el Estado tenía responsabilidad internacional por incumplir su deber de cuidar y de prevenir la vulneración de la vida y de la integridad personal, así como su deber de regular y fiscalizar la atención médica de salud, los que constituyen deberes especiales derivados de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana. La obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En ese sentido, una de esas condiciones para garantizar efectivamente el derecho a la vida y a la integridad personal es el cumplimiento del deber de investigar las afectaciones a los mismos, el cual se deriva del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado.

Caso Nogueira de Carvalho y otro³

Este caso se refiere a la falta de responsabilidad internacional del Estado por la presunta ineffectividad en la investigación y sanción de responsables de la muerte de Gilson Nogueira de Carvalho. Los hechos de este caso ocurrieron en la ciudad de Macaíba, Estado de Rio Grande do Norte, Brasil. El señor Gilson Nogueira de Carvalho era un abogado defensor de derechos humanos, el cual trabajaba en un caso referido a los “muchachos de oro”, un supuesto grupo de exterminio del que formarían parte policías civiles y otros funcionarios estatales. El 20 de octubre de 1996, Gilson Nogueira de Carvalho se encontraba frente al portón de su finca. Un auto sin matrícula apareció en el lugar y uno de los ocupantes del vehículo le disparó en la cabeza, lo cual provocó su muerte. A pesar de los recursos judiciales interpuestos por sus familiares, no se ha identificado y sancionado a los responsables de su homicidio.

En su análisis de fondo, la Corte consideró que, en una sociedad democrática, el cumplimiento del deber de los Estados de crear las condiciones necesarias para el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción, está intrínsecamente ligado a la protección y al reconocimiento de la importancia del papel que cumplen los defensores de derechos humanos. Por su parte, la Organización de los Estados Americanos (OEA) ha reconocido la necesidad del respaldo a la tarea que desarrollan, en el plano nacional y regional, los defensores de derechos humanos, y la condena por los actos que directa o indirectamente impiden o dificultan su tarea en las Américas.

El Tribunal señaló que las amenazas y los atentados a la integridad y a la vida de los defensores de derechos humanos y la impunidad de los responsables por estos hechos son particularmente graves porque tienen un efecto no sólo individual, sino también colectivo, en la medida en que la sociedad se ve impedida de conocer la verdad sobre la situación de respeto o de violación de los derechos de las personas bajo la jurisdicción de un determinado Estado. Los Estados tienen el deber de facilitar los medios necesarios para que los defensores de derechos humanos realicen libremente sus actividades; protegerlos cuando son objeto de amenazas para evitar los atentados a su vida e integridad;

abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar sería y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad.

Sin embargo, en razón del limitado soporte fáctico con que contó la Corte, no quedó demostrado que el Estado violó en este caso los derechos a las Garantías Judiciales y a la Protección Judicial consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Caso Garibaldi⁴

Este caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado derivada del incumplimiento de la obligación de investigar y sancionar el homicidio de Sétimo Garibaldi, ocurrido durante una operación extrajudicial de desalojo. Los hechos del presente caso se relacionan con una operación de desalojo extrajudicial en la Hacienda São Francisco. Dicho lugar, ubicado en la ciudad de Querência do Norte, estado de Paraná, estaba ocupado por cerca de cincuenta familias. Ese día, un grupo de aproximadamente veinte hombres encapuchados y armados llegó a la Hacienda y disparando al aire ordenaron a los trabajadores salir de sus barracas. Cuando Sétimo Garibaldi salió de su barraca, fue herido en el muslo izquierdo por un disparo efectuado por uno de los hombres encapuchados. Debido a la hemorragia producida el señor Garibaldi falleció. La investigación policial y judicial del caso fue marcada por una serie de irregularidades por parte de las autoridades encargadas del caso. Finalmente se decretó el archivo del caso, sin hacer realizado mayores investigaciones ni haber sancionado a los responsables de los hechos.

Al respecto, la Corte declaró que el Estado violó los siguientes artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos), Artículo 11 (Derecho a la honra y dignidad), Artículo 16 (Derecho a la Libertad de Asociación), Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), Artículo 25 (Protección Judicial) y Artículo 8 (Garantías Judiciales).

En su análisis de fondo, la Corte consideró que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la

Convención. La Corte ha sostenido que para cumplir con la obligación de garantía los Estados deben, no solo prevenir, sino también investigar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en ese instrumento y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por las violaciones de los derechos humanos.

Es pertinente destacar que el deber de investigar es una obligación de medios, y no de resultado. Sin embargo, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. La Corte ha especificado los principios rectores que es preciso observar en una investigación cuando se está frente a una muerte violenta. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, las autoridades estatales que conducen una investigación de este tipo deben intentar como mínimo: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen y se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.

En este caso, el Tribunal se refirió al derecho que asiste a los familiares de las presuntas víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los responsables de los hechos. Al respecto, la Corte también ha señalado que del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca

de una debida reparación. En este sentido, la Corte ha señalado que en un caso de ejecución extrajudicial los derechos afectados corresponden a los familiares de la víctima fallecida, quienes son la parte interesada en la búsqueda de justicia y a quienes el Estado debe proveer recursos efectivos para garantizarles el acceso a la justicia, la investigación y eventual sanción, en su caso, de los responsables y la reparación integral de las consecuencias de las violaciones. Consecuentemente, conforme a la jurisprudencia del Tribunal, los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a éstas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido.

Asimismo, la Corte ha señalado que la obligación de investigar y el correspondiente derecho de los familiares no sólo se desprende de las normas convencionales de Derecho Internacional imperativas para los Estados Parte, sino que, además, se deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas o peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos

Además, la Corte señaló que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en un tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los responsables. La falta de razonabilidad en el plazo para el desarrollo de la investigación constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. En ese sentido, la Corte consideró cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. La Corte advirtió, además, que el retardo en el desarrollo de la Investigación no puede justificarse en razón de la complejidad del asunto.

Caso Escher y otros⁵

Este caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la interceptación, monitoreo y divulgación de conversaciones telefónicas, de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral y Celso Aghinoni, por parte de la Policía Militar del estado de Paraná. Los hechos del caso se producen en un contexto de conflicto social relacionado con la reforma agraria en varios estados de Brasil, entre ellos Paraná. Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral y Celso Aghinoni eran miembros de dos organizaciones sociales, ADECON y COANA. La primera tenía como objetivo el desarrollo comunitario y la integración de sus asociados a través de actividades culturales, deportivas y económicas, mientras que la segunda buscaba integrar a los agricultores en la promoción de las actividades económicas comunes y en la venta de los productos. Miembros de la policía presentaron a una autoridad judicial una solicitud de interceptación y monitoreo de una línea telefónica, instalada en la sede de COANA, en tanto presumían que en dicho lugar se estarían realizando prácticas delictivas. La solicitud fue otorgada de manera expedita. Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral y Celso Aghinoni interpusieron una serie de recursos judiciales a nivel nacional para que destruyesen las cintas grabadas. Sin embargo, las solicitudes fueron rechazadas por las autoridades judiciales de Brasil.

Al respecto, la Corte declaró que el Estado violó los siguientes artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos), Artículo 11 (Derecho a la honra y dignidad), Artículo 16 (Derecho a la Libertad de Asociación), Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), Artículo 25 (Protección Judicial) y Artículo 8 (Garantías Judiciales).

En su análisis de fondo, la Corte recordó que el artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”. Como la Corte ha señalado

anteriormente, aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, como, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación.

El artículo 11 de la Convención reconoce que toda persona tiene derecho al respeto a su honor, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra y reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona. Como las conversaciones telefónicas de las víctimas eran de carácter privado y dichas personas no autorizaron que fueran conocidas por terceros, su interceptación por parte de agentes del Estado constituyó una injerencia en su vida privada. Por tanto, la Corte debió examinar si dicha injerencia resulta arbitraria o abusiva en los términos del artículo 11.2 de la Convención o si es compatible con dicho tratado. Para que resulte conforme a la Convención Americana una injerencia debe cumplir con los siguientes requisitos: a) estar prevista en ley; b) perseguir un fin legítimo, y c) ser idónea, necesaria y proporcional. En consecuencia, la falta de alguno

de dichos requisitos implica que la injerencia es contraria a la Convención.

En cuanto a la interceptación telefónica, teniendo en cuenta que puede representar una seria interferencia en la vida privada, dicha medida debe estar fundada en la ley, que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos. La Corte concluyó que las interceptaciones y grabaciones de las conversaciones telefónicas objeto de este caso no cumplieron con la Ley N°. 9.296/96 y, por ello, no estaban basadas en la ley. Con base en lo anterior, la Corte concluyó que el Estado violó el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11 de la Convención Americana.

Asimismo, el artículo 15 de la Convención Americana consagra el derecho de reunión pacífica y sin armas. A su vez, la libertad de asociación, prevista en el artículo 16 del mismo tratado presupone el derecho de reunión y se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente para la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando éstos sean legítimos. A diferencia de la libertad de asociación, el derecho de reunión no implica necesariamente la creación o participación en una entidad u organización, sino que puede manifestarse en una unión esporádica o congregación para perseguir los más diversos fines mientras éstos sean pacíficos y conformes con la Convención. La Corte ha señalado que el artículo 16.1 de la Convención Americana establece que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados Partes tienen el derecho de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho. Se trata, pues, del derecho a agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad.

Además de las obligaciones negativas mencionadas, la Corte Interamericana ha observado que de la libertad de asociación también se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben

adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita.

La Corte destacó que la Convención Americana reconoce el derecho de asociarse libremente, y al mismo tiempo establece que el ejercicio de tal derecho puede estar sujeto a restricciones previstas por ley, que persigan un fin legítimo y que, en definitiva, resulten necesarias en una sociedad democrática. En ese sentido, el sistema establecido por la Convención resulta equilibrado e idóneo para armonizar el ejercicio del derecho de asociación con la necesidad de prevenir e investigar eventuales conductas que el derecho interno califica como delictivas. En este caso el Tribunal consideró probado que el Estado interceptó y grabó las conversaciones de teléfonos pertenecientes a dos organizaciones sociales sin cumplir los requerimientos legales.

Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”)⁶

Este caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las desapariciones forzadas de los miembros de la Guerrilla de Araguaia ocurridas entre 1972 y 1975, así como por la falta de investigación de tales hechos. Los hechos de este caso inician en abril de 1964 cuando un golpe de Estado derrocó al gobierno del Presidente João Goulart. La *Guerrilha do Araguaia* fue un movimiento de resistencia al régimen militar integrado por algunos miembros del nuevo Partido Comunista de Brasil. Entre abril de 1972 y enero de 1975, las Fuerzas Armadas emprendieron repetidas campañas de información y represión contra los miembros de la *Guerrilha do Araguaia*, incluyendo su matanza y desaparición. Según la Comisión Especial sobre Muertos y Desaparecidos Políticos, existen 354 muertos y desaparecidos políticos. En 1979 el Estado dictó una ley de amnistía. En virtud de dicha ley, a la fecha de sentencia en este caso, el Estado no había investigado, procesado o sancionado penalmente a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen militar.

Al respecto, la Corte declaró que el Estado violó los siguientes artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos), Artículo 13 (Libertad de pensamiento y expresión), Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), Artículo 25 (Protección Judicial), Artículo 3 (Derecho al reconocimiento

de la personalidad jurídica), Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal), Artículo 7 (Derecho a la libertad personal), Artículo 8 (Garantías Judiciales) y Artículo 9 (Principio de legalidad y de retroactividad).

En su análisis de fondo, la Corte se refirió a tres temas principales en este caso: la desaparición forzada, la obligación de investigar y sancionar a los responsables y la incompatibilidad de las leyes de amnistía. A continuación me referiré a cada uno de estos temas.

Desaparición Forzada

Al respecto, la Corte Interamericana reiteró, en este caso, su jurisprudencia constante en materia de desaparición forzada. En el derecho internacional la jurisprudencia de este Tribunal ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente de la figura de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad. De conformidad con lo anterior, la Corte ha reiterado que la desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado.

La caracterización pluriofensiva, en cuanto a los derechos afectados, y continuada o permanente de la desaparición forzada, se desprende de la jurisprudencia de este Tribunal de manera constante desde su primer caso contencioso hace más de veinte años, incluso, con anterioridad a la definición contenida en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁷. La Corte ha sido líder en la consolidación internacional del análisis de este crimen, el cual configura una grave violación de derechos humanos, dada la particular relevancia de las transgresiones que conlleva y la naturaleza de los derechos lesionados. La práctica de desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

y su prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*.

El deber de prevención del Estado abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos. Así, la privación de libertad en centros legalmente reconocidos y la existencia de registros de detenidos, constituyen salvaguardas fundamentales, contra la desaparición forzada. A *contrario sensu* la puesta en funcionamiento y el mantenimiento de centros clandestinos de detención configura *per se* una falta a la obligación de garantía, por atentar directamente contra los derechos a la libertad personal, integridad personal, vida y personalidad jurídica.

Obligación de investigar y sancionar a los responsables

Desde su primera sentencia esta Corte ha destacado la importancia del deber estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos. La obligación de investigar y, en su caso, enjuiciar y sancionar, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de *jus cogens*.

El Tribunal ha reiterado que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad.

Incompatibilidad de las leyes de amnistía

Como ya ha sido adelantado, esta Corte se ha pronunciado sobre la incompatibilidad de las amnistías con la Convención Americana en casos de graves violaciones a los derechos humanos relativos a Perú (*Barrios Altos y La Cantuta*) y Chile (*Almonacid Arellano y otros*). En este caso la Corte ha reiterado que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Corte Interamericana consideró que la forma en la cual fue interpretada y aplicada la Ley de Amnistía adoptada por Brasil ha afectado el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas en este caso fueran oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1 de la Convención. Adicionalmente, al aplicar la Ley de Amnistía impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, el Estado incumplió la obligación de adecuar su derecho interno consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana.

Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impidieron la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos. En consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves

violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana ocurridos en Brasil.

El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. 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.

A raíz de la sentencia emitida en este caso, el Estado brasileño está obligado, entre otras cosas, a: conducir eficazmente, ante la jurisdicción ordinaria, la investigación penal de los hechos del presente caso a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea; realizar todos los esfuerzos para determinar el paradero de las víctimas desaparecidas y, en su caso, identificar y entregar los restos mortales a sus familiares; continuar con las acciones desarrolladas en materia de capacitación e implementar un programa o curso permanente y obligatorio sobre derechos humanos, dirigido a todos los niveles jerárquicos de las Fuerzas Armadas, y adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar el delito de desaparición forzada de personas de conformidad con los estándares interamericanos. Mientras cumple con esta medida, el Estado deberá adoptar todas aquellas acciones que garanticen el efectivo enjuiciamiento y, en su caso, sanción respecto de los hechos constitutivos de desaparición forzada a través de los mecanismos existentes en el derecho interno.

VIII. CONCLUSIONES

En conclusión, el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos es el mecanismo que esta región ha desarrollado para la promoción y protección de los derechos humanos. A lo largo de su funcionamiento ha evolucionado y continúa en un proceso de fortalecimiento que requiere la buena fe de los Estados en su compromiso con los derechos humanos.

Vista la evolución que ha tenido el Sistema Interamericano y en específico la Corte Interamericana en los últimos años, me permitiré hacer unas pocas pero importantes recomendaciones, para que el Tribunal pueda seguir cumpliendo a cabalidad sus altas funciones.

Lo más urgente de las medidas que debe tomar la OEA para fortalecer el futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es dotarla de los fondos necesarios para alcanzar los siguientes fines:

1) Aumentar a 14 semanas por año la duración de los períodos de sesiones del Tribunal para:

Incrementar la duración de las deliberaciones de los casos.

Aumentar la duración de las audiencias públicas cuando sea necesario para recibir más testimonios y peritajes directamente

y así recibir menos “affidavits” o declaraciones juradas, en aplicación del Principio de Inmediatez de la Prueba.

Mantener la actual duración de la tramitación de los casos e impedir la acumulación, conforme aumente el número de los mismos.

2) La creación de una instancia a nivel de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, bien puede ser un grupo permanente de trabajo, para conocer los informes de la Corte sobre la supervisión de cumplimiento de sentencias antes de ser remitidas a dicha Comisión, al Consejo Permanente o a la Asamblea General de la OEA, de acuerdo con lo que dispone el artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta instancia podría realizar una serie de gestiones y/o recomendaciones a nivel político para instar a los Estados partes a cumplir a cabalidad y en un menor tiempo con las sentencias emitidas por el Tribunal en su contra.

3) La constitución de una Corte permanente con una Secretaría debidamente fortalecida⁸. Según esta propuesta, los jueces deberían percibir un salario, residir en la sede y tener incompatibilidades para ejercer otras funciones. No obstante, para que esto pueda implementarse, los Estados deben dotar a la Corte de recursos necesarios para ello.

NOTAS

1. Dicho informe expone los hechos del caso y las conclusiones a las que ha llegado la Comisión en el trámite y procedimiento ante ella.
2. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C Nº. 149.
3. Corte IDH. *Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo*. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C Nº. 161
4. Corte IDH. *Caso Garibaldi vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C Nº. 203.
5. Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C Nº. 200.
6. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C Nº. 219.
7. Dicha Convención establece que "se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".
8. Ver: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal

permanente" del Juez Manuel E. Ventura Robles. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/32/pr/pr11.pdf>. En el mismo sentido, Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antonio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos en el marco del diálogo sobre el Sistema interamericano de Protección de los Derechos Humanos (OEA/Ser.G CP/CAJP-1627/2000, 17 de marzo de 2000); Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antonio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (Washington, D.C., 13 de abril de 2000); Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antonio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (OEA/Ser.G CP-CAJP-1770/01, 16 de marzo de 2001), e Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antonio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos en el marco del diálogo sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Bases para un proyecto de protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección (OEA/Ser.G CP/CAJP-1781/01, 10 de abril de 2001).

O TRATADO DE NÃO PROLIFERAÇÃO DE ARMAS NUCLEARES: DESAFIOS PARA A PAZ E A SEGURANÇA MUNDIAIS

.....

Mariana Luz Zonari

Pesquisadora do CNPq no grupo de pesquisa intitulado “Energia Nuclear – Aspectos Legais e Geopolítica da Atualidade”; Autora do livro “O Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares – Desafios para a Democracia entre as Nações”; Especialista em Direito Empresarial pela Universidade de Fortaleza; Mestranda em Direito pela Universidade de Fortaleza.

Martonio Mont’Alverne Barreto Lima

Coordenador do grupo de pesquisa do CNPq intitulado “Energia Nuclear – Aspectos Legais e Geopolítica da Atualidade”; Procurador do Município de Fortaleza; Professor Titular da Universidade de Fortaleza; Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará; Doutor em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main; Pós-doutor em Direito pela mesma Universidade de Frankfurt/M.

RESUMO

Desde o ano de 1953, quando o então presidente americano Dwight Eisenhower proferiu perante a Assembleia Geral da ONU o discurso mundialmente conhecido como *Atoms for Peace* – onde se admitiu pela primeira vez na história a dualidade de usos da energia nuclear, a comunidade internacional reconhece os possíveis benefícios e os alarmantes riscos que este tipo de energia traz para a paz e a segurança em todo o planeta. Desta forma, o Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares assumiu, em 1968, através de uma Grande Barganha Diplomática, o desafio de se tornar a solução para a problemática nuclear trazida ao cenário internacional no período pós-Segunda Guerra Mundial. Contudo, apesar de seu aparente sucesso, o TNP tem demonstrado ser um dos tratados internacionais mais polêmicos e controversos da história. Diante deste contexto, pretendemos demonstrar os desafios que permeiam o sucesso completo do tratado para a proteção da paz mundial, bem como assinalar a necessidade de uma nova grande barganha que seja capaz de trazer uma solução final à questão nuclear e que, portanto, promova uma proteção efetiva aos direitos humanos.

Palavras Chave

Armas nucleares; tratado; desafios; paz; direitos humanos.

I. INTRODUÇÃO

Durante a segunda guerra mundial os Estados Unidos dispararam, em 06 de agosto de 1945, uma bomba de urânio conhecida como *Little Boy*, na cidade japonesa de Hiroshima e, após três dias, uma bomba de plutônio, também chamada de *Fat Man*, em Nagasaki.¹ Os japoneses se renderam alguns dias depois. Foi o fim da Segunda Guerra Mundial e o início de um longo período de estrutura bipolar de poder denominado Guerra Fria – momento histórico marcado por um terror psicológico ligado à possibilidade de destruição da humanidade por um conflito nuclear.

Os bombardeios nucleares americanos contra o Japão alteraram profundamente o conceito de guerra até então conhecido pelos países. A segurança internacional – pautada por essa nova lógica de poder – fez com que a corrida armamentista nuclear passasse a ser preocupação prioritária dos Estados que, durante a Guerra Fria, tivessem a pretensão de buscar a supremacia econômica, política e militar no globo.

Após o final dessa terrível página da história da humanidade, o mundo passou a repensar o modelo internacional existente, percebendo a necessidade de relativização do conceito de soberania estatal em detrimento da tutela dos direitos humanos e, de modo particular, da paz universal. Não poderia ser diferente: a

sobrevivência de um estado não pode e não deve sobrepor-se à existência da humanidade. Nesse sentido, cita-se o sóbrio pensamento de Antonio Augusto Cançado Trindade, para quem a Corte Internacional de Justiça – CIJ – perdeu, com a sua *Advisory Opinion* de 1996, uma excelente oportunidade de condenar as armas nucleares. A seu juízo:

It [the Court] mistakenly minimized the doctrinal construction on the right to life in the ambit of the International Law of Human Rights, and seemed to have forgotten that the survival of a State cannot have primacy over the right to survival of humankind as a whole.²

Em 1945, seguindo essa nova tendência de preocupação dos Estados em se sujeitarem à ordem internacional em nome da paz mundial, surgiu a Organização das Nações Unidas – ONU. Com o objetivo de criar e colocar em prática mecanismos que possibilitem a segurança internacional, desenvolvimento econômico, progresso social e o respeito aos direitos humanos, a ONU assumiu como função principal, desde a sua criação, a garantia da paz no âmbito internacional.³

Desta forma, foi no contexto do surgimento da ONU que nasceram os primeiros esforços em regular a dualidade de usos da energia nuclear. Partindo-se da premissa de que os recursos energéticos fazem parte da agenda estratégica de toda e qualquer nação e ocupam uma posição crucial na busca pelo desenvolvimento econômico de um país, bem como intentando conciliar os benefícios e os riscos trazidos pela descoberta da energia nuclear, foi criado, no ano de 1968, o Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares – TNP. Tendo como objetivo o desarmamento nuclear, a não proliferação dos armamentos atômicos e, ao mesmo tempo, o incentivo do uso deste tipo de energia para fins pacíficos, o TNP é, atualmente, a “pedra filosofal” do regime internacional de não proliferação nuclear.

A grande dúvida que assombra os estudiosos do TNP e o questionamento norteador da presente pesquisa é: afinal, o tratado foi capaz de atingir todos os objetivos ambiciosos aos quais se propôs? Argumentar-se-á que não. Nesta linha de ideias, busca-se com o presente trabalho demonstrar os desafios que permeiam o sucesso completo do tratado e, conseqüentemente, se apresentam como uma verdadeira ameaça à

paz mundial, bem como pretende-se destacar a necessidade de uma nova grande barganha capaz de trazer uma solução final à problemática nuclear.

Este texto está dividido em duas grandes seções. A primeira situará o marco histórico pré-TNP, com um breve relato dos *travaux préparatoires*, bem como tratará da Grande Barganha Diplomática obtida com o tratado e dos seus três importantes pilares. A segunda seção explorará os desafios que permeiam o tratado e, em consequência, comprometem potencialmente a paz e a segurança da humanidade.

II. O TRATADO DE NÃO PROLIFERAÇÃO DE ARMAS NUCLEARES – TNP

Após a primeira e segunda guerras mundiais, nas quais países foram devastados e milhões de pessoas morreram, surgiu um sentimento comum mundial de que se deveria encontrar uma forma de manter a paz entre os estados. Foi assim que nasceu, em 1945, a Organização das Nações Unidas – ONU. O surgimento da ONU é parte indissociável do contexto histórico pré-TNP, pois foi no âmbito da mencionada organização que surgiram os primeiros esforços em regular a energia nuclear por intermédio de tratados e instituições internacionais.

a. Contexto Histórico Pré-TNP

A primeira resolução da Assembleia Geral da ONU – Resolução nº 1, adotada em 24 de janeiro de 1946, continha o título *Establishment of a Commission to Deal with the Problems Raised by the Discovery of Atomic Energy*⁴ e foi responsável pela criação da *Atomic Energy Commission* – AEC. À referida comissão, composta por representantes de cada um dos países do Conselho de Segurança e do Canadá, foi dada a importante missão de, com a máxima rapidez, investigar todas as fases do problema da descoberta da energia nuclear, encorajar a troca de informações científicas e uso da energia atômica para fins pacíficos, bem como incentivar a eliminação de armamentos nucleares e a criação de salvaguardas abrangentes.

Segundo Daniel H. Joyner, a razão para este assunto ter sido o escolhido para ser tratado durante primeira Assembleia Geral dentre uma variedade de assuntos relevantes é bastante clara:

The reason for the inclusion of this action in the very first General Assembly resolution was of course the fact that the world had only months earlier found out about the development by the United States of nuclear fission weapons, and their use on the cities of Hiroshima e Nagasaki, Japan in August 1945.⁵

Foi através da AEC que se iniciou um movimento quase que mundial na busca de soluções para o problema da descoberta da energia nuclear, afinal, após os bombardeios de Hiroshima e Nagasaki, o mundo se encontrava em um clima extremo de tensão. A primeira proposta de solução para o problema nuclear surgiu com Bernard Baruch, então representante dos Estados Unidos na AEC, em julho de 1946, quando o mesmo apresentou ao Conselho de Segurança da ONU o plano de criação de uma organização que, em nome de todos os países do mundo, teria a tarefa de possuir, controlar, operar e administrar toda e qualquer instalação atômica e pesquisa nuclear. Esta organização, sustentada por um tratado internacional, deveria chamar-se *International Atomic Development Authority* – *IADA* – e seria responsável, basicamente, por desarmar todos os países detentores de armamentos nucleares, controlar e distribuir todo tipo de material atômico entre os países de forma justa, desde que para fins pacíficos, bem como manter um regime de inspeção intensa em todos os países detentores dos supracitados materiais.

A União Soviética apresentou uma contraproposta e, a partir das intenções conflitantes das duas grandes potências, um compromisso foi assumido pela Assembleia Geral da ONU através da Resolução nº 41⁶ de 14 de dezembro de 1946. A citada resolução reconheceu a necessidade imediata de redução e regularização dos armamentos nucleares, bem como fez uma série de recomendações ao Conselho de Segurança da ONU, entre elas a de elaborar uma convenção que criasse um sistema internacional de controle e inspeção de armamentos nucleares, convenção esta que iria, também, proibir as armas atômicas.

Desta forma, em 14 de fevereiro de 1947, o Conselho de Segurança respondeu à Resolução nº 41 da Assembleia Geral com a sua Resolução nº 18⁷, declarando que buscaria medidas para efetivar as recomendações da Assembleia Geral. A verdade é que a grande burocracia da ONU,

combinada com a problemática política imposta pelo problema, terminou por culminar na não apresentação de qualquer tipo de plano a ser submetido à aprovação dos Estados.

Após o relativo fracasso inicial da ONU em chegar a um denominador comum na criação de um tratado internacional sobre energia nuclear, o próximo considerável progresso em regular essa nova forma de energia surgiu em 8 de dezembro de 1953, através do discurso do então presidente americano – Dwight Eisenhower – perante a Assembleia Geral da ONU. Nesse famoso discurso – mundialmente conhecido como *Atoms for Peace*⁸ – Eisenhower anunciou os três princípios que viriam a ser a base de todo o regime internacional de regulamentação da energia nuclear, bem como da criação da *International Atomic Energy Agency* – IAEA e, anos mais tarde, do próprio TNP: uso pacífico da energia nuclear, não-proliferação de armas atômicas e desarmamento nuclear.

O *Atoms for Peace* foi o embrião para que, no final dos anos 50, surgisse durante a 13ª Assembleia Geral da ONU um movimento diplomático catalisado pelo governo da Irlanda com o objetivo de criação de um tratado internacional multilateral para a regulamentação da energia nuclear. Interessante ressaltar que a intenção irlandesa à época não era a de chegar a um desarmamento total, mas sim de criar um tratado internacional que enrijecesse a situação da época, mantendo os então estados nuclearmente armados – Estados Unidos, União Soviética e Reino Unido – em posse de seus armamentos nucleares e evitando a proliferação para os estados nuclearmente desarmados que, por meio do tratado, deveriam renunciar ao seu direito de possuir, produzir ou receber qualquer tipo de armamento atômico.

Os esforços irlandeses no sentido da não-proliferação nuclear renderam, no ano de 1961, a aprovação unânime de uma resolução *On the prevention of wider dissemination of nuclear weapons* na Assembleia Geral da ONU, a qual é comumente reconhecida como Resolução Irlandesa. Mediante a aludida resolução, todos os estados – e em particular os estados nuclearmente armados – se comprometeram a utilizar seus esforços para a criação de um tratado internacional em que os estados nuclearmente armados deveriam abster-se de transmitir tecnologia nuclear aos estados nuclearmente não

armados, ao passo que estes deveriam renunciar ao seu direito de adquirir armamentos nucleares.

A Resolução Irlandesa é marcante na história pré-TNP, pois nela foram enunciados pela primeira vez os princípios básicos de um tratado sobre proliferação nuclear, princípios estes que, alguns anos depois, se converteriam na base do TNP, mais precisamente em seus artigos I e II, onde o tratado traz a diferenciação entre países nuclearmente armados e países nuclearmente não armados, assim como descreve as obrigações mútuas dos referidos grupos de países. Além disso, a Resolução impôs, com acerto, a maior parcela de responsabilidade, no que tange às negociações para a assinatura de um tratado de não-proliferação, sobre os países nuclearmente armados.

Apesar de toda a colaboração por parte dos Estados Unidos e União Soviética para a finalização das negociações do tratado, foi somente no ano de 1965 que houve algum progresso significativo no objetivo de se chegar à elaboração de um tratado internacional sobre a não-proliferação de armas nucleares. Foi em dito ano que a Assembleia Geral da ONU, em sua Resolução de nº 2028, fixada na 18ª Conferência do Comitê de Desarmamento das 18 Nações (ENDE), formulou os 5 princípios que deveriam reger a negociação do tratado.⁹

É importante salientar que, até este ponto, todas as negociações estavam voltadas para a problemática da não-proliferação nuclear, deixando os demais objetivos de desarmamento e uso pacífico, traçados no emblemático plano de Eisenhower de lado. O foco inicial no quesito não-proliferação explica o porquê do nome do tratado – Tratado de Não-Proliferação de Armas Nuclear – que, de forma inexplicável, nunca foi atualizado para compreender os três pilares do tratado, ainda que se admita de forma majoritária que todos os objetivos do tratado possuem a mesma importância.

Em 11 de março de 1968, as duas superpotências submeteram conjuntamente sua minuta final do tratado, a qual passou por diversas revisões e, ao final de aproximadamente dois meses, foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 12 de junho de 1968, por intermédio da Resolução nº 2373¹⁰. O TNP foi aberto para assinaturas em 01 de julho de 1968 e entrou em vigor na data de 05 de março de 1970.

b. A Grande Barganha diplomática

O Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares promoveu no momento de sua assinatura, conforme citado por Jaswant Singh, um verdadeiro *apartheid* nuclear¹¹ entre os Estados Nuclearmente Armados – ENA – e os Estados Nuclearmente Não Armados – ENNA.

De acordo com o tratado, ENA são aqueles que, nos exatos termos do Artigo IX (3) do TNP, produziram ou explodiram seus armamentos nucleares antes de 1º de janeiro de 1967, nomeadamente Estados Unidos, França, Reino Unido, China e Rússia, e, portanto, conservaram o direito de manter seus arsenais nucleares. Em sentido contrário, os ENNA – todos os demais países do mundo – renunciaram de modo expresso a qualquer direito de produzir ou adquirir armamentos atômicos.

Por esta razão, desde a sua criação o TNP foi visto por todos – à exceção dos ENA por razões óbvias – como um tratado de caráter explicitamente discriminatório e, desta forma, questiona-se: o que fez com que os ENNA aceitassem os termos propostos e aderissem, em sua quase unanimidade, ao TNP? É neste momento que se insere a, mundialmente conhecida, Grande Barganha Diplomática.¹²

A Grande Barganha Diplomática, constante nos Artigos IV, V e VI do TNP, consiste nas duas obrigações que os ENA tiveram de aceitar para que os ENNA se comprometessem com os termos do Tratado e abdicassem aos seus direitos sobre armamentos atômicos. A primeira exigência diz respeito ao fato de que os ENNA poderiam continuar seus programas nucleares, desde que pacíficos, sob a garantia do seu direito inalienável ao uso pacífico da energia atômica. Não poderia ser diferente, afinal a oferta de energia se encontra diretamente ligada ao desenvolvimento econômico e social de um país, o que constitui um direito humano fundamental e inalienável.

Pode-se concluir que, além de os ENNA desejarem algum tipo de contraprestação por sua renúncia, os mesmos tinham a preocupação de que o Tratado fosse impossibilitar a existência dos seus programas nucleares nacionais de fins pacíficos, o que os colocaria em uma situação de dependência energética em relação aos países nuclearmente armados. De acordo com Mohamed Shaker:

Fears were expressed by [NNWS] that the NPT, by instituting [...] control on their peaceful nuclear activities in order to prevent the proliferation of nuclear weapons, would hamper their full access to the knowledge and technology of the peaceful atom most needed for their future progress and prosperity; [...] and that the Treaty would place them at the mercy of the nuclear-weapon States which would continue to enjoy their privileged position as the major suppliers of nuclear fuel and necessary equipment. Freedom to exploit the atom for peaceful purposes to the benefit of the non-nuclear weapon states was considered by the NNWS as the most tangible counterparts to their renunciation to acquire nuclear weapons.¹³

A segunda parte da Barganha se refere ao desejo dos ENNA de que as suas obrigações perante o Tratado fossem equitativamente encontradas pela obrigação dos ENA em promoverem seu desarmamento, ainda que futuro. Mais uma vez se cita o pensamento de Mohamed Shaker:

The nature of the measures envisaged in [Article VI] left no doubt that the nuclear-weapon States were directly implicated by the obligation. [...] Their responsibility was looked upon by the non-nuclear-weapon States not only in the context of achieving a more secure world but as a *quid pro quo* for the latter's renunciation of nuclear weapons. It is true that the majority of non-nuclear-weapon States were unable in any case to produce nuclear weapons by their own means, but their renunciation of nuclear weapons was felt to be meaningless if it was not met by a definite commitment on the part of the nuclear-weapon States in the field of disarmament and arms control. It was even a question of principle more than a question of security.¹⁴

Com a inclusão do artigo VI no texto do TNP conclui-se que a intenção, ao se criar o tratado, nunca foi, desde seu início, a de produzir uma palavra final sobre energia nuclear, mas sim de estabelecer um passo intermediário – e temporário – para o total desarmamento. Afinal, o referido artigo traz uma previsão expressa da criação de um futuro tratado visando ao desarmamento nuclear completo.

Pode-se dizer que, em resumo, a Grande Barganha constitui a promessa dos ENNA em não adquirirem armas nucleares sob a garantia,

por parte dos ENA, de assistência no seu desenvolvimento pacífico da energia nuclear e no compromisso futuro do desarmamento atômico completo. Tal como demonstra Jack Garvey, o TNP continua sendo, mesmo após quase 50 anos, a base de todo o regime de não-proliferação: “The original Grand Bargain still remains the fundamental framework for non-proliferation of nuclear weapons”.¹⁵

Percebe-se que, sem a aceitação da barganha diplomática pelos ENA, o TNP provavelmente nunca teria saído do papel. Através da sua estrutura de obrigações recíprocas, sustentadas por três importantes pilares, o TNP reconhece a dualidade de usos da energia nuclear, de forma que seu objetivo nunca foi regular única e exclusivamente a não-proliferação nuclear – como alguns insistem em defender –, mas sim tornar-se uma forma de regular a energia nuclear em sua complexidade e diversidade de usos.

c. O TNP e seus três – igualmente – importantes pilares

Junto com a Grande Barganha Diplomática, todo o conceito por trás do Tratado de Não-Proliferação de armas nucleares é amparado sob a égide de três grandes princípios – enunciados pela primeira vez durante o marcante discurso do *Atoms for Peace*, os quais são expostos no preâmbulo do Tratado, bem como em sua divisão de artigos: i) a não-proliferação das armas atômicas; ii) o incentivo ao uso pacífico da energia nuclear; e iii) o desarmamento atômico.

À primeira vista, pode-se pensar que o TNP – até mesmo por seu nome – é um Tratado criado fundamentalmente para prevenir a proliferação nuclear, no qual os pilares de uso pacífico e desarmamento são postos em um segundo plano. É importante, porém, desmistificar esta primeira impressão. Na realidade, a história diplomática do TNP, sumarizada acima, assim como a dicção do seu preâmbulo e dos seus artigos, demonstram que o Tratado tem, de fato, como objetivo principal regulamentar a energia nuclear em sua dualidade de usos, o que pressupõe igual importância entre os seus três pilares. Este é o pensamento de Daniel Joyner, um estudioso da interpretação do Tratado:

[...] the diplomatic history of the NPT and the preparatory work of the treaty, when taken as a whole, serve to clearly confirm the conclusion drawn from context and

object and purpose analysis that the NPT is not fundamentally addressed to the regulation of nuclear weapons proliferation, as it is often described to be. This diplomatic history and preparatory work establish, rather, that the NPT is, in fact, fundamentally addressed to regulating nuclear energy in its full dual-use nature and range of applications. [...] the NPT is underpinned by three inherently linked, and presumptively equal, principled pillars – peaceful use of nuclear energy, non-proliferation of nuclear weapons, and disarmament of nuclear weapons stockpiles – and not only one.¹⁶

A realidade é que, na prática, especialmente pelos ENA, o princípio da não-proliferação nuclear tem recebido, a partir de 1998, muito mais atenção do que os demais. A preocupação com a proliferação nuclear que, durante a Guerra Fria, limitava-se quase que exclusivamente à proliferação vertical – aumento quantitativo e qualitativo dos armamentos atômicos por parte dos estados que já os possuíam – passou a se expandir, no período pós-Guerra Fria, aos perigos da proliferação horizontal – aumento do número de estados detentores de armamentos nucleares, atingindo momentos de pico nos casos do Iraque, Índia, Paquistão, Coreia do Norte, Líbia, Irã e Síria.

Observa-se que os discursos proferidos pelos ENA em reuniões do TNP a partir de 1998, em especial pelos Estados Unidos, seguiram este modelo de priorização da não-proliferação nuclear sobre os demais objetivos do Tratado. Em 11 de fevereiro de 2004, o então Presidente americano, Bush, proferiu um discurso que é considerado um marco no tópico de proliferação de armas de destruição em massa. No referido discurso, Bush expôs a gravidade do perigo trazido pela proliferação de armas nucleares e apresentou sete propostas que tinham como objetivo o fortalecimento dos esforços mundiais no controle da proliferação nuclear:

The Nuclear Non-Proliferation Treaty was designed more than 30 years ago to prevent the spread of nuclear weapons beyond those states which already possessed them. Under this treaty, nuclear states agreed to help non-nuclear states develop peaceful atomic energy if they renounced the pursuit of nuclear weapons. But the treaty has a loophole which has been exploited by nations such as North Korea and Iran. These regimes are allowed to produce

nuclear material that can be used to build bombs under the cover of civilian nuclear programs.¹⁷

Para Bush, o TNP traz uma grande lacuna, da qual os ENNA se utilizaram para construir seus armamentos nucleares e, portanto, este apresenta suas ideias de como preencher tais lacunas. As propostas trazidas por Bush, entretanto, incluindo a absurda ideia de que os ENNA deveriam, obrigatoriamente, aderir ao Protocolo Adicional do Tratado como forma de receber cooperação nuclear internacional, enfatizavam quase que em caráter exclusivo o pilar da não-proliferação, colocando em um segundo plano o uso pacífico e simplesmente ignorando o desarmamento atômico. Infere-se que, durante este período, os discursos dos ENA notoriamente buscavam justificativas, até mesmo legais, para a desproporcional priorização da não-proliferação.

Em contrapartida, os ENNA buscavam expressar em seus discursos a necessidade de um equilíbrio entre os três pilares como forma de manter a estrutura do regime atual de regulamentação da energia nuclear. Um clássico discurso que evidencia esta posição dos ENNA foi feito pela Malásia – representando mais de 100 estados do *Non-Aligned Movement* – na *Review Conference – RevCon* – de 2005:

The NPT is at a crossroads, with its future uncertain. The historic compromise reached 37 years ago between nuclear-weapon States and non-nuclear-weapon States over disarmament, proliferation and peaceful uses of nuclear technology remains unfulfilled. Today as we meet, the stress is on proliferation, rather than disarmament in good faith. The lack of balance in the implementation of the NPT threatens to unravel the NPT regime, a critical component of the global disarmament framework [...] I wish to call upon all States Parties, nuclear-weapon States and non-nuclear-weapon States, to recognize the importance of the full and non-selective implementation of the Treaty.¹⁸

Desta forma, os tipos de discursos que permeiam as discussões do TNP durante o citado período podem ser visivelmente divididos entre ENA e ENNA. Enquanto os ENA tentavam demonstrar os perigos da liberdade dada aos ENNA para buscarem seus programas nucleares pacíficos – uma vez que a tecnologia para fins

pacíficos e para fins militares é basicamente a mesma, utilizando este argumento para justificar a limitação dos direitos dos ENNA sob o Artigo IV e V, os ENNA sustentavam a tese de que todos os pilares são por igual importantes e que a implementação equilibrada de todos eles seria a única maneira de solucionar a questão nuclear.

Tais discussões e visões divergentes foram minando o tratado. O relativo sucesso da Conferência de Revisão de 2010 impediu que o TNP sofresse um colapso total devido ao sentimento, por parte dos ENNA, de que os ENA estavam falhando em sua obrigação de desarmamento e que estavam impedindo, ainda que indiretamente, o uso pacífico da energia nuclear por parte dos mesmos. Neste sentido, veja-se o discurso de Celso Amorim – representando Brasil, Egito, Argentina, Polônia e México – na Conferência de Revisão de 2010:

[...] O Tratado de Não-Proliferação de Armas é um Tratado intrinsecamente injusto, que divide o mundo entre os que ‘têm’ e aqueles que “não têm”. É uma expressão dos desequilíbrios do sistema internacional. É um produto de uma época em que o poder militar, especialmente as armas nucleares, foram os principais, se não a única fonte, de prestígio e poder político. A infeliz identificação dos membros permanentes do Conselho de Segurança com os cinco Estados nuclearmente armados, reconhecidos pelo Tratado, reforça a percepção de que as armas nucleares são um meio para a proeminência política. [...] o TNP contém no Artigo VI a semente de sua própria autocorreção. No entanto, a falha em implementar o Artigo VI, perpetua um desequilíbrio destrutivo [...].¹⁹

Por todo o exposto, pode-se chegar a algumas conclusões: i) o TNP é estruturado em três grandes princípios: não-proliferação, desarmamento e uso pacífico; ii) os referidos princípios representam a natureza *quid pro quo* do Tratado; iii) o TNP foi criado para regulamentar a energia nuclear em sua dualidade de usos e não exclusivamente a não-proliferação nuclear; e iv) os três princípios são interdependentemente ligados e precisam ser aplicados de maneira equilibrada, de modo que não existe hierarquia entre eles.

III. OS DESAFIOS AO TNP E À PAZ E À SEGURANÇA DA HUMANIDADE

Em termos gerais, o TNP parece ser um tratado muito bem-sucedido: no que concerne à adesão, possui regime quase universal, não possuindo abrangência mundial apenas pela recusa de Israel, Índia e Paquistão em aderirem ao tratado e pela retirada, em 2003, da Coreia do Norte. O sistema de salvaguardas internacionais da AIEA se tornou, com o passar dos anos, extremamente forte, conseguindo inspecionar os signatários com efetividade; um tratado de banimento completo de testes nucleares foi negociado e já foi assinado por diversos estados; países detentores de tecnologia bélica nuclear aderiram ao tratado como estados nuclearmente não armados renunciando aos seus arsenais militares (África do Sul, Ucrânia, Cazaquistão e Belarus) e países como o Iraque interromperam seus programas nucleares secretos. De uma perspectiva mais distante, o TNP parecia tão promissor que, durante sua conferência de revisão de 1995, os signatários acordaram em mantê-lo em vigor por tempo indeterminado.

Contudo, apesar do aparente sucesso, questiona-se: o tratado conseguiu atingir o seu objetivo de ser a solução final para a problemática da dualidade de usos da energia nuclear? Entende-se que não. Contesta-se, também, a efetividade do tratado em atingir os três grandes desafios a que se propôs – desarmamento, não-proliferação e uso pacífico. Afinal, o TNP é um tratado exitoso e consegue controlar o risco nuclear atual? Alguns dos maiores estudiosos do regime legal internacional de regulamentação da energia nuclear acreditam que não.²⁰

Com a devida vênia, entre todos os estudiosos do TNP, Olav Njølstad é o que apresenta de forma mais clara e didática, no livro de sua organização *Nuclear Proliferation and International Order: Challenges to the Non-Proliferation Treaty*, todos os desafios que obstam o sucesso completo do tratado:

First of all, the NPT is challenged from outside as three countries that are not parties to the Treaty – India, Pakistan and Israel – are known to possess nuclear weapons. [...] Second, the NPT is challenged from within, in the sense that some countries that have signed onto the Treaty as non-nuclear weapon states have

nevertheless developed, or are suspected to be trying to develop, nuclear weapons. [...] Third, there is a wide-spread perception that NPT is challenged from below; that is, from terrorists and other non-state actors who may want to acquire radioactive materials or even nuclear weapons as part of their aggressive or criminal schemes. [...] Finally, and perhaps the most fundamental, the legitimacy of the NPT is challenged from above, which in the present context refers to the prolonged unwillingness of the five official nuclear weapon states to negotiate 'effective measures relating to the cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament'.²¹

Vê-se, portanto, que o TNP enfrentou – e enfrenta até hoje – diversos desafios capazes de pôr em risco a real efetividade do Tratado em atingir os seus objetivos principais, inviabilizando-o com a solução final à problemática nuclear. Passaremos, a seguir, a analisá-los de forma aprofundada.

a. A dualidade de usos da energia nuclear

Um dos grandes desafios enfrentados pelo TNP e, como visto acima, o motivo pelo qual existem tantas opiniões diferentes e divergências de interpretação no que toca às obrigações dos Artigos IV e V, é a essência dual da natureza nuclear, uma vez que é difícil – ou praticamente impossível – dissociar o seu uso para fins pacíficos do seu uso para fins bélico-militares. A verdade que cerca essa questão é a de que os países detentores da tecnologia nuclear para fins pacíficos possuem o conhecimento técnico necessário para utilizá-la com fins militares.

Essa dualidade de usos da energia atômica traz um grande desafio ao TNP pois, conforme se pode perceber do exemplo iraniano, historicamente muitos ENNA se utilizaram da cooperação nuclear para fins pacíficos existente no Tratado a fim de desenvolverem seus programas nucleares secretos da bomba atômica. Neste sentido, Stephanie Cooke (2009, p. 13) menciona que:

The reality of nuclear energy, of harnessing the atom's awesome power, held great promise for mankind. But it also harbored unprecedented peril. [...] Nuclear reactors could in theory provide abundant electricity, but they opened pathways for proliferators and risked harmful, widespread exposure

to radioactivity. The lure of this power was irresistible even as it came loaded with risk. And central to this risk was nuclear energy's two-sided nature – and the fact that preventing its 'peaceful' side from being exploited to make weapons was not a simple matter.²²

Neste mesmo sentido, eis o pensamento de Daniel Joyner: "It cannot be overemphasized that the dual-use nature of materials and technologies associated with nuclear energy underlies all of the difficulties in regulating nuclear energy through international legal sources".²³

A própria natureza da energia nuclear – característica que não pode ser modificada – impõe desafios à existência e efetiva implementação do Tratado, o que é um grande motivo para se questionar o sucesso deste em realizar seus objetivos, em especial no que diz respeito aos compromissos dos Artigos IV e V. Para além do desafio imposto ao tratado, a dualidade de usos da energia nuclear traz, também, um verdadeiro problema a nível de proteção do sistema internacional de direitos humanos pois, como pode-se defender o incentivo ao uso da energia nuclear para fins pacíficos (diretamente ligada ao direito ao desenvolvimento) se esse próprio estímulo pode, de maneira deturpada, gerar a criação de armas atômicas que colocam em risco o próprio direito à vida?

b. A resistência dos D-3 em aderirem ao TNP e a retirada da Coreia do Norte

A falta de universalidade de filiação do TNP, pela não adesão da Índia, do Paquistão e de Israel, deve ser vista como um dos principais e mais duradouros desafios enfrentados pelo Tratado. Apesar de somente a Índia e o Paquistão terem declarado seus *status* nucleares, enquanto Israel mantém sua política de opacidade, os três países, considerados os "D-3" – *de facto nuclear weapon possessors*²⁴ – trazem um transtorno visível ao atual regime de não-proliferação nuclear.

A grande problemática levantada pela existência dos D-3 é o fato de que a possibilidade – ou impossibilidade – de levá-los para o Tratado na condição de ENA, além de demandar emenda ao seu texto, encontra forte barreira política, assim como o cenário em que os D-3 iriam ser persuadidos a abrirem mão de suas capacidades nucleares militares para aderir ao

TNP na qualidade de ENNA é simplesmente inconcebível.

O TNP é extremamente rígido no tocante às suas definições de ENA e ENNA e, portanto, não existe espaço dentro do Tratado para um novo *status* que seja adequado aos D-3; embora não se encaixem na delimitação de um ENA, os mesmos também não são, claramente, ENNA. Não obstante a impossibilidade – pelo menos aparente – de amoldar os D-3 no TNP, reconhece-se a importância da universalidade do Tratado que, além de o fortalecer, iria transformar o problema de não adesão num possível problema de não cumprimento – pelo menos em teoria mais fácil de ser administrado.

Tentativas de incluir os D-3 no TNP implicam em sérios riscos para a estrutura de equilíbrio do Tratado, seja na situação – praticamente inviável – de reconhecimento e legitimação de seus programas nucleares armamentistas, o que criaria um tratamento especial a este grupo de países, seja na conjuntura – de fato improvável – de mudança do Tratado e permissão dos D-3 para se juntarem aos ENA. Em ambos os casos, o núcleo central do Tratado poderia enfraquecer, uma vez que os ENNA poderiam se ressentir com a aceitação dos D-3, especialmente se aos mesmos for conferido *status* diferenciado, o que aumentaria as chances de retirada dos ENNA do Tratado que poderia, por consequência, gerar um efeito dominó e ter resultados brutais ao regime de não-proliferação e aos progressos por ele alcançados.

Mohamed Elbaradei, desde 2006, reforça a importância de se lidar de forma mais criativa com a problemática imposta pelos D-3. Segundo o ex-diretor da AIEA: “[...] our traditional strategy – of treating such states as outsiders – is no longer a realistic method of bringing these last few countries into the fold”.²⁵

Descritos por muitos estudiosos como o *three-state problem*, a existência dos D-3 impõe sobre o regime de não-proliferação um grandioso dilema: como fazer com que os D-3 se engajem no TNP sem que isso gere um problema ainda maior ao regime atual? Entende-se que uma das únicas alternativas viáveis seria a discussão de um contexto de desarmamento nuclear global.

Neste âmbito é importante salientar que a retirada da Coreia do Norte do TNP também é, juntamente com a recusa dos D-3 em aderir ao Tratado, um pesado problema carregado pelo regime de não-proliferação. Apesar de não serem

claros os termos do direito de retirada do tratado, parece-nos que o caso da Coreia do Norte abriu um precedente perigoso na história do TNP.

Conforme John R. Bolton (2004, online) – representante americano na terceira sessão da Prepcom de 2005 – a retirada da Coreia do Norte demonstra a fragilidade do TNP, uma vez que os norte-coreanos se utilizaram das prerrogativas de um ENNA sob a égide do Tratado para construir seus armamentos atômicos e depois dele se retiraram:

North Korea's use of the NPT as a cover to hide its nuclear weapons ambitions and its subsequent withdrawal from the Treaty constitute the clearest example of a state cynically manipulating the NPT to threaten the international community with its nuclear weapons program. We now face the danger not only of a North Korea in possession of nuclear weapons, but the risk that it will export fissile material or weapons to other rogue states or to terrorists.²⁶

Percebe-se, pois, que a retirada da Coreia do Norte impõe não apenas um problema pontual sobre o Tratado, mas sim um transtorno sistemático, na medida em que a retirada do país causa o sério risco de um abandono em massa por países com ambições nucleares que se espelhem nos norte-coreanos e queiram seguir seus passos de utilização do TNP para construção de seus arsenais nacionais e posterior retirada.

c. *Noncompliance* pelos ENNA

Um dos mais importantes aspectos do sistema de salvaguardas internacionais da AIEA e a única maneira de determinar se um país está cumprindo com as suas obrigações dentro do TNP é o processo de verificação de *noncompliance* realizado pela Agência. Através do mencionado processo, a AIEA desempenha um importante papel dentro da comunidade internacional: a investigação dos ENNA no sentido de garantir que os seus programas nucleares são estritamente pacíficos.

Nos últimos anos, a AIEA tem sofrido críticas por sua maneira de administrar os casos de *noncompliance*. De acordo com Peter Jenkins, um grande exemplo do referido criticismo foi um relatório de 2009, elaborado pela *International Commission on Nuclear Non-proliferation and Disarmament* – ICNND, no qual foi dito que

[...] the commission suggests that a delay 'of nearly three years' in the case of Iran put at risk the credibility of IAEA noncompliance determinations and that the IAEA should confine itself to technical judgments, leaving all political judgments to the UN Security Council.²⁷

Entende-se como mais acertado o pensamento de Goldschmidt, segundo o qual:

The IAEA should not be complacent toward states violating their nonproliferation undertakings. That said, the weakest link in the nonproliferation regime today is not the performance of the IAEA Department of Safeguards but that of the international community in responding to noncompliance.²⁸

Verifica-se, portanto, que a grande problemática não é, necessariamente, a falta de zelo na investigação por parte da AIEA, mas sim o despreparo internacional em lidar com os achados da Agência. Por este motivo, o Presidente americano Barack Obama, em seu emblemático discurso realizado em Praga no ano de 2009, disse:

To strengthen the treaty, we should embrace several principles. We need more resources and authority to strengthen international inspections. We need real and immediate consequences for countries caught breaking the rules or trying to leave the treaty without cause.²⁹

Até as revelações acerca do programa nuclear iraquiano em 1991, a AIEA não havia reportado nenhum caso de desvio de finalidade de materiais nucleares. Esta situação mudou com as descobertas de 1991, quando o tópico de como detectar e lidar com estados em estado de *noncompliance* passou a ser um novo e imediato desafio ao TNP.³⁰ Desde então, o Conselho da AIEA determinou o estado de *noncompliance* em apenas cinco ocasiões: Iraque (1991), Romênia (1992), Coreia do Norte (1993), Líbia (2004) e Irã (2006).³¹

Desta forma, a questão da *noncompliance* por parte dos ENNA é um grande desafio que dificulta o sucesso do TNP. Torna-se relevante citar um dos maiores desafios da atualidade no âmbito da não-proliferação nuclear: o caso Irã. Os iranianos começaram seus esforços em direção a um programa nuclear nacional nos anos 50, mediante o programa americano do

Atoms for Peace, e, desde então, o Conselho de Segurança da ONU já emitiu sete resoluções demandando que os mesmos pausassem suas atividades de enriquecimento e reproprocessamento de urânio, ressaltando-se que, em 2006, a AIEA declarou encontrar-se o país em estado de *noncompliance*.³²

O grande problema trazido à baila pelo caso iraniano diz respeito aos chamados arsenais virtuais, ou seja, o fato de um país não possuir a bomba atômica, mas deter a capacidade para, caso queira, produzi-la a qualquer momento. De acordo com a correta previsão de Mohamed Elbaradei, o novo problema envolvendo proliferação nuclear envolve os chamados *Virtual Nuclear Weapon States*.³³

É por este motivo que o caso iraniano é tão simbólico e importante: para eles, o fato de um ENNA possuir capacidade de construir um armamento nuclear, desde que não efetivamente o faça, não o coloca em estado de *noncompliance*. Contudo, apesar de ser tecnicamente verdade – afinal legalmente não há uma quebra direta de nenhum compromisso expresso do TNP, isso não torna os arsenais virtuais iranianos legítimos. A situação iraniana é ainda mais preocupante devido à localização geográfica do país; a região do Oriente Médio é, no mínimo, delicada.

Pode-se concluir que a existência de casos como o do Irã, dentre vários outros, enfraquece o regime de não-proliferação como um todo e, como consequência, mina a confiança dos estados no TNP. Portanto, os casos de *noncompliance* trazem um enorme desafio ao Tratado que, pelo menos até hoje, não parece ter sido bem administrado ou ter encontrado uma solução efetiva.

d. A não adesão de importantes países ao protocolo adicional

Com a descoberta, em 1991, do avançado programa nuclear iraquiano e impressionados com a habilidade do país de desenvolver um programa nuclear tão avançado sem que a AIEA notasse, bem como buscando recuperar a confiança internacional, o Conselho da AIEA adotou, no ano de 1997, o Protocolo Adicional ao TNP – INFCIR/540.

Através do referido Protocolo Adicional, a AIEA passou a deter mais poderes para exercer a sua função principal de fiscalizar o cumprimento

do TNP em cada um dos países membros, uma vez que, além de poder inspecionar as instalações em funcionamento e declaradas pelo país, a Agência pode, também, verificar qualquer outro local em que seja possível o desenvolvimento de um programa nuclear. O documento garante, além disso, acesso da Agência à tecnologia nuclear utilizada no país, inclusive no que tange ao enriquecimento de urânio. Igualmente, o documento assegura à AIEA a prerrogativa de realizar tais inspeções e verificações com um aviso prévio de apenas 24 horas, ou seja, praticamente sem aviso prévio.

Conquanto o documento não seja de assinatura obrigatória, não fazendo parte, assim, da obrigação de salvaguardas internacionais constante no Artigo III (4) do TNP, as grandes potências têm, desde o momento da criação do Protocolo, pressionado os ENNA a aderir ao mesmo, sob a alegação de que programas nucleares, sobretudo em ENNA – em sua maioria nações pobres em desenvolvimento, colocam a segurança do planeta em risco. Em nosso modesto entendimento, programas nucleares de cunho bélico-militar, em qualquer país que estejam, colocam em risco a humanidade como um todo e a paz mundial.

A despeito de uma grande resistência no início, atualmente 147 países são signatários do Protocolo Adicional de 1997. Contudo, alguns importantes países no cenário internacional, tais como Brasil, Líbia, Síria, não assinaram e nem aparentam ter, em um futuro próximo, a pretensão de assinar o referido Protocolo. Em adição, o Irã somente o assinou em 2003 e, ainda assim, o mesmo não se encontra em vigor no país. Constata-se, portanto, que a recusa de alguns países em aderir ao Protocolo Adicional, ou mantê-lo em vigor, gera um grande desafio ao sistema de salvaguardas e, conseqüentemente, ao TNP.

e. A possibilidade de grupos terroristas e/ou não estatais adquirirem armas nucleares

Apesar de ser apontado por praticamente todo estudioso do regime internacional de não-proliferação como um desafio a ser superado, o terrorismo nuclear é, provavelmente, o perigo contemporâneo trazido pela energia nuclear menos compreendido.³⁴ Diante da problemática imposta pela possibilidade de grupos terroristas e/

ou não estatais adquirirem, independentemente da maneira, armas nucleares, indaga-se: o terrorismo nuclear é realmente uma ameaça real? Em caso positivo, ele impõe um risco ao TNP e ao regime internacional?

O alarmismo sobre a possibilidade de pequenos grupos adquirirem armas nucleares tem aumentado pelo menos desde 1946, quando um dos líderes do Projeto Manhattan – J. Robert Oppenheimer – sustentou que, caso alguns homens fossem capazes de montar uma bomba atômica, os mesmos poderiam destruir Nova York. O físico nuclear Theodore Taylor, trinta anos depois, argumentou que o problema era imediato, afirmando o quão fácil seria para um grupo terrorista roubar material físsil e aos poucos produzir sua própria bomba.³⁵

A verdade é que, inobstante alguns doutrinadores apontarem o terrorismo nuclear como um real perigo à segurança internacional, até a presente data nenhum grupo terrorista atingiu o patamar nuclear (pelo menos até onde se sabe). Simen Andreas Ellingsen³⁶, baseado na literatura existente sobre o assunto, dividiu a questão em duas grandes perguntas: eles iriam? E eles poderiam? A partir desses questionamentos, Ellingsen criou um diagrama – *Could-Would Diagram* – no qual unificou os pensamentos de diversos estudiosos sobre as intenções e capacidades dos potenciais terroristas nucleares. O resultado da pesquisa de Ellingsen demonstra visivelmente a tendência dos estudiosos de acreditarem na possibilidade, intenção e capacidade dos terroristas de adquirirem armamentos atômicos e efetivamente utilizá-los. De acordo com Mærli, no diagrama de Ellingsen existem dois pontos de vista diametricamente opostos

The Inevitablists (upper right corner), viewing nuclear terrorism scenarios not only probable, but more or less inevitable. Accordingly to these views, the absence of shocking TV images in the wake of successful nuclear terrorist activities is merely due to the 'lack of means, rather than the lack of motivations'. The Disavowalists (lower left corner) are kind of it hasn't happened, so it won't happen types. They hold the view that carrying out acts of nuclear terrorism is too hard, as terrorists are unable to get hold of sufficient high-quality fissile material and incapable of building a nuclear explosive, or that

massive casualties do not meet terrorist's objectives.³⁷

Contudo, embora diversos estudiosos se inclinem a adotar o pensamento dos *Inevitablists*, parece mais acertado o entendimento de Bill Keller³⁸, o qual afirma que existem dois grandes motivos para pensar que um ataque nuclear por parte de terroristas não irá acontecer: a simples lógica de que ainda não aconteceu e o fato de que a tarefa de adquirir um armamento atômico é difícil. Tenha-se em mente por igual o entendimento de John Mueller, para quem: “[...] in contrast with many who insist that atomic terrorism under current conditions is rather – indeed, exceedingly – likely to come about, I have contended that is hugely unlikely”.³⁹

Em suma, não parecem existir fortes indícios de que os terroristas (à exceção da Al Qaeda) queiram deixar as armas convencionais e partirem para o uso de armamentos atômicos – sob a ótica de que os mesmos buscam atenção e não necessariamente mortes em massa, bem como não parecem factíveis as opções que os grupos terroristas possuem para aquisição deste tipo de armamentos: roubo, construção ou recebimento por um ENA.

Apesar deste posicionamento, repudiar por completo a possibilidade de existência do terrorismo nuclear – como feito por alguns estudiosos – parece ser prematuro e arriscado: afinal, evidências da AIEA através da sua *Illicit Trafficking Database* demonstram a existência de 2.477 casos confirmados de tráfico ilícito de materiais nucleares somente entre os anos de 1993 e 2013. Portanto, conquanto existam divergências quanto à importância do problema gerado pela possibilidade da existência do terrorismo nuclear, o mesmo demonstra ser, de qualquer modo, um desafio para o regime internacional de não-proliferação nuclear e, consequentemente, para o TNP.

f. A (i)legitimidade do tratado frente à relutância dos ENA ao desarmamento nuclear

Por fim, mas não menos importante, cumpre ressaltar a problemática imposta ao TNP devido à relutância dos ENA em, efetivamente, buscarem o desarmamento nuclear completo e, por consequência, um mundo livre de armas atômicas. Para Alexander Kmentt, Embaixador e Diretor de desarmamento, controle de armas

e não-proliferação da Áustria, a questão do desarmamento é “Arguably, its [NPT’s] most serious challenge, however, is the extent to which it can still be considered as a framework in which to achieve nuclear disarmament”.⁴⁰ E Kmentt continua:

Fundamentally different and even conflicting views are apparent among the NPT membership on key aspects, such as the priority of nuclear disarmament, the demands of Article VI, the definition of credible progress, and the way forward. These differences threaten the integrity of the NPT. [...] The NPT may be reaching a point where the contradictions, particularly those pertaining to nuclear disarmament, place too much stress on the credibility and cohesion of the treaty.⁴¹

Existe uma séria divergência – até o momento intransponível – entre os ENA e os ENNA, porquanto estes acreditam que os três objetivos do TNP devem ser alcançados paralelamente, enquanto aqueles veem a não-proliferação como o objetivo principal, chegando até mesmo a argumentar que, diferentemente da obrigação de não-proliferação que é legalmente obrigatória, os esforços de desarmamento constituem mero comprometimento político.

Apesar de ter ficado bastante clara a barganha feita em 1968, reforçada pelo novo compromisso dos ENA na questão do desarmamento no momento da decisão pela extensão por tempo indeterminado do TNP em 1995, o sentimento carregado pelos ENNA é o de que os ENA não estão cumprindo com a sua parte no acordo (o que, diga-se, é um sentimento respaldado na realidade). Seriam necessárias, além da redução dos arsenais nucleares, mudanças nas doutrinas nucleares dos países, aumento na transparência e esforços em prol do *Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty* – CTBT. Ao contrário, os ENA estão modernizando seus programas e promovendo novos investimentos de longo prazo em armas nucleares.

Parece seguro afirmar: a menos que seja ultrapassado este problema, toda a arquitetura do TNP se encontra em risco. Afinal, os ENNA não continuarão cumprindo com a sua parte do acordo se os ENA não passarem a efetivar suas obrigações sob o Artigo VI do Tratado. Assim sendo, parece que uma mudança na interpretação atual do Artigo VI é necessária. No referido artigo, vislumbra-se que o TNP

foi pensado – desde o início – como um passo provisório ao desarmamento completo que, em um futuro próximo, deveria ocorrer na forma de um tratado internacional universal sobre o desarmamento atômico, o que até hoje parece não ter saído do papel.

IV. CONCLUSÕES

Desde a Segunda Guerra Mundial, mais precisamente com a eliminação pelos Estados Unidos das cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki em 1945 – primeira e única vez em que armamentos nucleares foram militarmente utilizados – o mundo tem conhecimento das desastrosas consequências de uma possível guerra nuclear. O período de “paz” que sucedeu à Segunda Grande Guerra, marcado pelo terror psicológico ligado à possibilidade de destruição da humanidade por um conflito nuclear, foi determinado pela ambição nuclear das superpotências que, ao final do ano de 1964, já haviam testado seus armamentos atômicos – União Soviética, Reino Unido, França e China – e, juntamente com os Estados Unidos, compunham o seleto grupo de estados nucleares.

Tomando como base a premissa fundamental de que o possível aumento do número de países em posse de armamentos atômicos acentuaria, diretamente, o risco de tais armamentos virem a ser utilizados no futuro, com a possível destruição da vida humana como hoje conhecemos, surgiu o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP) e, com ele, todo o sistema internacional de não-proliferação nuclear.

Conforme demonstrado por este trabalho, o TNP – “pedra filosofal” de todo o regime internacional de não-proliferação nuclear e único tratado internacional a regulamentar o uso da energia nuclear em sua dualidade de usos – assumiu os ambiciosos objetivos de alcançar o desarmamento nuclear, incentivar a utilização pacífica da energia atômica e, ao mesmo tempo, prevenir a proliferação de armamentos nucleares. Diante dos audaciosos objetivos a que se propôs, questionou-se: afinal, o TNP é um tratado bem-sucedido? Parece-nos que a resposta não é tão clara quanto a pergunta.

É incontestável que o regime implementado pelo TNP, principalmente nos seus anos iniciais, tem uma história de sucesso – pelo menos no que se refere à frenagem da proliferação nuclear e parece, em termos gerais, ser próspero. Em 1960, o

prognóstico do então Presidente americano John F. Kennedy era o da existência de cerca de vinte nações nucleares entre os anos setenta e oitenta. No entanto, nos dias atuais, quase setenta anos após a descoberta das armas nucleares, apenas nove países possuem a bomba atômica. Desde que o Tratado entrou em vigor, em 1970, mais nações desistiram dos seus programas nucleares militares do que começaram sua busca pela opção nuclear. O efeito do Tratado sobre a renúncia de países detentores de tecnologia bélica nuclear, como África do Sul, Ucrânia, Cazaquistão, Belarus, Brasil e Argentina, bem como sobre a interrupção de programas nucleares secretos no Iraque e Líbia é inquestionável. Outra importante conquista foi a mudança da percepção dos países quanto à posse de armamentos nucleares: houve um êxito inquestionável em fazer com que a comunidade internacional, aos poucos, mudasse a concepção anterior no sentido de perceber as armas atômicas como moralmente incorretas e algo a ser combatido.

É certo que os debates que cercam o TNP se baseiam em um senso comum partilhado pelos signatários de que, apesar de todos os seus defeitos e falhas, o Tratado foi mais benéfico à comunidade internacional do que maléfico. Afinal, o TNP cumpriu, pelo menos em parte, sua obrigação de elevar a segurança entre as nações, bem como continua sendo o único documento legal comprometendo estados ao desarmamento nuclear – ainda que futuro – e é o tratado em segurança internacional mais amplamente aderido de toda a história mundial.

O regime do TNP vem, nomeadamente nas últimas décadas, enfrentando desafios cada vez maiores e que, aos poucos, têm minado a sua credibilidade perante o cenário internacional. Os problemas são tantos que alguns dos maiores *experts* no assunto chegam a defender a total falência da arquitetura proposta pelo Tratado. Parece-nos que o regime de não-proliferação internacional se sustentou durante difíceis períodos nos seus primeiros trinta a quarenta anos de existência e começa a demonstrar sinais de enfraquecimento – mais precisamente da beira de um colapso total. Vislumbra-se uma crise não só de cumprimento, mas também de confiança no Tratado.

Entende-se que, por todos os motivos expostos e aprofundados durante este trabalho, o TNP se encontra em uma situação delicadíssima. O Tratado, conquanto tenha seus méritos no

que tange à não-proliferação, não conseguiu, de forma eficiente, agregar esforços em direção ao desarmamento completo dos ENAs, nem promover de forma adequada o incentivo ao uso da energia atômica para fins pacíficos e, portanto, parece ter chegado a um ponto de estagnação, no qual toda a sua estrutura se encontra em risco.

A despeito de ser visto por muitos como um verdadeiro *apartheid nuclear* que objetiva apenas a discriminação e a manutenção do *status quo* dos ENAs, o TNP percorreu um grande caminho em sede de segurança internacional e, por conseguinte, apesar de seus inúmeros defeitos e falhas, o regime estabelecido pelo TNP, ainda que extremamente desgastado, não deve ser simplesmente descartado. É sob esse prisma que se defende a continuidade da real proposta feita anos atrás em 1968.

A grande verdade é que o TNP não foi pensado para ser a resposta definitiva e permanente à problemática imposta pela descoberta da energia nuclear e sua dualidade de usos. O próprio Tratado, em seu Artigo X (2), prevê um prazo de validade de vinte e cinco anos e, em seu Artigo VI, os signatários se comprometeram a buscar negociações para a assinatura de um tratado de desarmamento geral e completo.

É a partir do entendimento de que o TNP foi criado apenas como um passo intermediário

e provisório em direção ao desarmamento nuclear completo, que se defende que a única maneira de se ultrapassar os diversos desafios e problemas enfrentados pelo Tratado – que o inviabilizam como a solução final à problemática nuclear – é a continuidade da intenção do TNP, com a criação de um tratado internacional para o desarmamento nuclear total. Necessita-se, portanto, de uma nova Grande Barganha.

Embora não faça parte do recorte teórico da presente pesquisa, não se pode deixar de salientar, neste momento conclusivo que, a despeito da omissão internacional em legislar acerca da legalidade ou ilegalidade formal da utilização das armas nucleares, a visão puramente positivista de afirmar que aquilo que não está proibido é permitido não pode prevalecer em questões como a nuclear, que colocam o futuro da humanidade em risco. Partindo da premissa de que toda e qualquer guerra é, por natureza, uma negação sistemática dos direitos humanos, a simples possibilidade de uma guerra nuclear ameaça a própria existência da humanidade e, dessa forma, o desarmamento nuclear completo encontra-se direta e intrinsecamente ligado à proteção dos direitos humanos como um todo e, de modo especial, do direito à vida.

BIBLIOGRAFIA

- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *The right to live: the illegality under contemporary international law of all weapons of mass destruction*. Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos. V. 39. Ano 2005.
- COOKE, Stephanie. *In mortal hands: a cautionary history of the nuclear age*. New York: Bloomsbury, 2009.
- ELBARADEI, Mohamed. *The age of nuclear deception: Nuclear diplomacy in treacherous times*. New York: Metropolitan Books, 2011.
- _____. Rethinking Nuclear Safeguards. Washington Post, jun. 14, 2006. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/06/13/AR2006061301498.html>>. Acesso em: 08 out. 2014.
- ELLINGSEN, Simen Andreas. Nuclear Terrorism and Rational Choice. Tese submetida para o grau de doutor em filosofia pela King's College London, University of London, Department of War Studies, 2008. Disponível em: <<http://folk.ntnu.no/simenand/ThesisTwoColumn.pdf>>. Acesso em: out. 2014.
- GARVEY, Jack I. *Nuclear weapons counterproliferation: A new grand bargain*. New York: Oxford University Press, 2013.
- H. JOYNER, Daniel. *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- JOHNSON, Rebecca. *The NPT in 2004: testing the limits*. *Disarmament Diplomacy*, issue nº 76, Mar./Apr. 2004, The Acronym Institute, pp. 3-6. Disponível em: <<http://www.acronym.org.uk/dd/dd76/76npt.htm>> Acesso em: 14 set. 2014.
- MÆRLI, Morten B. The threat of nuclear terrorism. In NJØLSTAD, Olav (Org.). *Nuclear proliferation and international order: Challenges to the Non-Proliferation Treaty*. New York: Routledge Global Security Studies, 2011, pp. 107-126.
- MUELLER, John. The atomic terrorist? In NJØLSTAD, Olav (Org.). *Nuclear proliferation and international order: Challenges to the Non-Proliferation Treaty*. New York: Routledge Global Security Studies, 2011, pp. 127-148.
- NJØLSTAD, Olav. (Org.). V. SIGAL, Leon. LODGARARD, Sverre. *Nuclear proliferation and international order: Challenges to the Non-Proliferation Treaty*. New York: Routledge Global Security Studies, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limond, 1996.
- SHAKER, Mohamed. *The nuclear non-proliferation treaty: Origin and implementation*. (1959-1979). Vol. I. New York: Oceana Pubns, 1980.
- SINGH, Jaswant. *Against nuclear apartheid*. Foreign Affairs 77, 1998.

NOTAS

1. COOKE, Stephanie. *In mortal hands: a cautionary history of the nuclear age*. New York: Bloomsbury, 2009, pp. 1-2.
2. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *The right to live: the illegality under contemporary international law of all weapons of mass destruction*. Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos. V. 39. Ano 2005, pp. 57-58.
3. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limond, 1996.
4. Cf. ONU. Resolução da Assembleia Geral nº 1 (I). (*Establishment of a Commission to Deal with the Problems Raised by the Discovery of Atomic Energy*), 24 de janeiro de 1946.
5. H. JOYNER, Daniel. *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 3.
6. Cf. ONU. Resolução da Assembleia Geral nº 41 (XXXXI). (*Principles Governing the General Regulation and Reduction of Armaments*), 14 de dezembro de 1946.
7. Cf. ONU. Resolução do Conselho de Segurança nº 18 (XXVIII). (*Armaments: regulation and reduction*), 9 de janeiro de 1947.
8. Cf. IAEA. Atoms for Peace Speech. Dwight Eisenhower, 8 de dezembro de 1953.
9. Cf. ONU. Resolução da Assembleia Geral nº 2028 (MMXXVII). (*Non-proliferation of nuclear weapons*), 19 de novembro de 1965.
10. Cf. ONU. Resolução da Assembleia Geral nº 2373 (MMCCCLXXIII). (*Audit reports relating to expenditure by the specialized agencies and the International Atomic Energy Agency*), 19 de dezembro de 1968.
11. Expressão criada por Jaswant Singh e utilizada em seu artigo SINGH, Jaswant. *Against nuclear apartheid*. Foreign Affairs 77, 1998.
12. GARVEY, Jack I. *Nuclear weapons counterproliferation: A new grand bargain*. New York: Oxford University Press, 2013, p. 10.
13. SHAKER, Mohamed. *The nuclear non-proliferation treaty: Origin and implementation*. (1959-1979). Vol. I. New York: Oceana Pubns, 1980, pp. 274-275.
14. SHAKER, Mohamed. *Ibidem*, pp. 564-565.
15. GARVEY, Jack I. *Ibidem*, p. 5.
16. H. JOYNER, Daniel. *Ibidem*, p. 33.
17. U.S. DEPARTMENT OF STATE. President George W. Bush announces new measures to counter the threat of WMD. Washington, DC. February, 11, 2004. Disponível em: <<http://2001-2009.state.gov/t/isn/rls/rm/29290.htm>>. Acesso em: 07 out. 2014.
18. UNITED NATIONS. Statement by the Hon. Syed Hamid Albar Minister of Foreign Affairs of Malaysia on behalf of the group of non-aligned states parties to the treaty on the non-proliferation of nuclear weapons at the general debate of the 2005 review conference of the parties to treaty on the non-proliferation of nuclear weapons. New York, 2 may 2005. Disponível em: <<http://www.un.org/en/conf/npt/2005/statements/npt02malaysia.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2014.
19. UNITED NATIONS. 2010 Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT). Statements, Brazil. Mr. Celso Amorim – Minister of External Relations. Disponível em: <http://www.un.org/en/conf/npt/2010/statements/pdf/brazil_en.pdf>. Acesso em: 07 out. 2014.
20. C.f. ELBARADEI, Mohamed. *The age of nuclear deception: Nuclear diplomacy in treacherous times*. New York: Metropolitan Books, 2011, p. 11 e GARVEY, Jack I. *Ibidem*. pp. 1-8.
21. NJØLSTAD, Olav. (Org). V. SIGAL, Leon. LODGARARD, Sverre. *Nuclear proliferation and international order: Challenges to the Non-Proliferation Treaty*. New York: Routledge Global Security Studies, 2011, pp. 11-12.
22. COOKE, Stephanie. *Ibidem*, p. 13.
23. H. JOYNER, Daniel. *Ibidem*, p. 3.
24. JOHNSON, Rebecca. *The NPT in 2004: testing the limits*. *Disarmament Diplomacy*, issue nº 76, Mar./Apr. 2004, The Acronym Institute, pp. 3-6. Disponível em: <<http://www.acronym.org.uk/dd/dd76/76npt.htm>> Acesso em: 14 set. 2014, pp. 3-6.
25. ELBARADEI, Mohamed. *Rethinking Nuclear Safeguards*. Washington Post, jun. 14, 2006. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/06/13/>>

- AR2006061301498.html>. Acesso em: 08 out. 2014.
26. U.S. DEPARTMENT OF STATE. The NPT: A crisis of non-compliance. John R. Bolton, Under Secretary for Arms Control and International Security, Statement to the Third Session of the Preparatory Committee for the 2005 Review Conference of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons. April, 27, 2004. Disponível em: <<http://2001-2009.state.gov/t/us/rm/31848.htm>>. Acesso em: 07 out. 2014.
 27. JENKINS, Peter. *Staying Credible: How Precedents Can Help the IAEA Get Noncompliance Calls Right*. Arms Control Association. *Arms Control Today*. Disponível em: <https://www.armscontrol.org/act/2010_09/Jenkins#2>. Acesso em: 10 out. 2014.
 28. GOLDSCHMIDT, Pierre. *Concrete Steps to Improve the Nonproliferation Regime*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 2009. Disponível em: <http://carnegieendowment.org/files/improve_nonpro_regime.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.
 29. OBAMA, Barack. *Barack Obama's speech on Prague*, April 5th 2009. The white house archives. Disponível em: <http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-By-President-Barack-Obama-In-Prague-As-Delivered>. Acesso em: 10 out. 2014.
 30. SIMPSON, John. Core non-proliferation regime problems – non-compliance and universality. Programme for Promoting Nuclear Non-Proliferation and Center for Nonproliferation Studies, Monterey. France: seminar on 8-9th march, 2002. Disponível em: <<http://dspace.africaportal.org/jspui/bitstream/123456789/11648/1/Core%20Non%20Proliferation%20Regime%20Problems%20Non%20Compliance%20and%20Universality.pdf?1>>. Acesso em: 10 out. 2014.
 31. CARLSON, John. *Defining noncompliance: NPT Safeguards Agreements*. Arms Control Association. *Arms Control Today*. Disponível em: <https://www.armscontrol.org/act/2009_5/Carlson>. Acesso em: 10 out. 2014.
 32. NUCLEAR THREAT INITIATIVE. Iran's nuclear report, last updated July 2014. Disponível em: <<http://www.nti.org/country-profiles/iran/nuclear/>>. Acesso em: 10 out. 2014.
 33. THE GUARDIAN. Mohamed ElBaradei warns of new nuclear age. 14, May, 2009. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2009/may/14/elbaradei-nuclear-weapons-states-un>>. Acesso em: 10 out. 2014.
 34. MÆRLI, Morten B. The threat of nuclear terrorism. In NJØLSTAD, Olav (Org.). *Nuclear proliferation and international order: Challenges to the Non-Proliferation Treaty*. New York: Routledge Global Security Studies, 2011, pp. 107-126.
 35. UELLER, John. The atomic terrorist? In NJØLSTAD, Olav (Org.). *Nuclear proliferation and international order: Challenges to the Non-Proliferation Treaty*. New York: Routledge Global Security Studies, 2011, pp. 127-148.
 36. ELLINGSEN, Simen Andreas. *Nuclear Terrorism and Rational Choice*. Tese submetida para o grau de doutor em filosofia pela King's College London, University of London, Department of War Studies, 2008. Disponível em: <<http://folk.ntnu.no/simenand/ThesisTwoColumn.pdf>>. Acesso em: out. 2014.
 37. MÆRLI, Morten B. *Ibidem*, p. 108.
 38. NEW YORK TIMES. Nuclear nightmares. Bill Keller. Published may, 26th 2002. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2002/05/26/magazine/nuclear-nightmares.html>>. Acesso em: 11 out. 2014.
 39. MUELLER, John. The atomic terrorist? In NJØLSTAD, Olav (Org.). *Nuclear proliferation and international order: Challenges to the Non-Proliferation Treaty*. New York: Routledge Global Security Studies, 2011, p. 142.
 40. KMENTT, Alex. *How divergent views on nuclear disarmament threaten the NPT*. *Arms Control Today*, dec. 2013. Disponível em: <http://www.armscontrol.org/act/2013_12/How-Divergent-Views-on-Nuclear-Disarmament-Threaten-the-NPT>. Acesso em: 12 out. 2014.
 41. KMENTT, Alex. *Ibidem*.

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INDUTORA DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESTRUTURANTES: O EXEMPLO DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS – UMA ANÁLISE DOS CASOS XIMENES LOPES E GOMES LUND *VERSUS* BRASIL – PERSPECTIVAS E DESAFIOS AO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES¹

.....

Mônica Clarissa Hennig Leal

Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha; Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos; Professora e Coordenadora Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

Felipe Dalenogare Alves

Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul; Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria e em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande; Professor no Curso de Direito da Faculdade Antonio Meneghetti.

RESUMO

O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, concebida a partir do método dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática do papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) como indutora de políticas públicas voltadas à educação em direitos humanos (EDH) a fim de evitar a repetição de violação a esses direitos, tendo por objetivo principal analisar como a Corte vem contribuindo para a efetivação dessas ações por parte do Estado Brasileiro, a partir do caráter estruturante de suas sentenças. No decorrer do trabalho, buscou-se o esclarecimento de pontos importantes que permeiam a temática, como o seguinte problema: como a CIDH tem contribuído para a EDH no sistema brasileiro por intermédio de suas decisões e quais as perspectivas e os desafios ao seu cumprimento? Para tanto, foram estudados temas como um breve aporte teórico sobre as sentenças estruturantes e os reflexos para além das partes envolvidas, a EDH como forma de prevenção para a não repetição de violações a esses direitos e sua necessidade de efetivação, tanto

no ambiente formal quanto informal, para, ao final, realizar-se uma análise dos casos Ximenes Lopes e Gomes Lund e os reflexos para a EDH no Brasil, com as perspectivas e os desafios ao cumprimento das decisões.

Palavras Chave

Corte Interamericana de Direitos Humanos; caso Ximenes Lopes v. Brasil; Caso Gomes Lund e outros v. Brasil; educação em direitos humanos; sentenças estruturantes.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, realizada com base no método dedutivo (fins de abordagem) e monográfico (fins procedimentais) sobre a temática do papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH como indutora de políticas públicas voltadas à educação em direitos humanos – EDH a fim de evitar a repetição de violação a esses direitos, tendo por objetivo principal analisar como a Corte vem contribuindo para a efetivação dessas ações por parte do Estado Brasileiro, a partir do caráter estruturante de suas sentenças.

Absortas com as demonstrações de atos de lesa-humanidade praticados pelos regimes totalitários e com os ensinamentos advindos da 2ª Guerra Mundial, grande parte das Constituições contemporâneas incorporaram fundamentos e princípios republicanos voltados à dignidade da pessoa humana, bem como um catálogo de direitos fundamentais oriundo das declarações e tratados internacionais de direitos humanos, como se constata na Constituição Brasileira de 1988, que prevê grande parte dos direitos e garantias previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

A preocupação com o estabelecimento de um Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), objetivando a proteção, promoção e responsabilização (com a consequente reparação) pela violação a estes direitos, tem sido um dos principais objetivos e, ao mesmo tempo, desafios tanto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, quanto à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Nesse sentido, a CIDH tem-se utilizado de alguns instrumentos à indução de políticas públicas de reparação às violações e de promoção aos direitos humanos, principalmente voltadas a grupos em situação de vulnerabilidade social, política e cultural. Dentre essas ferramentas, as chamadas sentenças estruturantes (*sentencias estructurales*), muito presentes nas jurisdições constitucionais dos Estados latino-americanos, têm-se constituído característica marcante na jurisprudência da CIDH, por ultrapassar os efeitos *inter partes* do caso em análise e determinar aos Estados-partes medidas estruturantes que protejam grupos de pessoas.

Dentre as ações que ganham destaque, está o estabelecimento de políticas preventivas, com o propósito de não repetição das violações presentes nos casos em análise. É neste contexto que surge papel relevante e indispensável à educação em direitos humanos (EDH), seja ela desenvolvida em um contexto formal, seja informal, na busca do estabelecimento de uma mudança institucional (forma de agir dos agentes do Estado) ou cultural (no seio social de determinado povo) voltada à proteção/promoção desses direitos.

Com este propósito, a EDH, voltada a determinados grupos sociais e profissionais, torna-se indispensável não apenas à própria promoção desses direitos, mas para que a violação a grupos sociais em situação de

vulnerabilidade não volte a ocorrer. Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em duas das cinco sentenças condenatórias ao Brasil, impôs tal obrigação, como se verá nas decisões envolvendo os casos Ximenes Lopes *versus* Brasil e Gomes Lund e outros *versus* Brasil, demonstrando-se um valioso instrumento de indução de políticas públicas estruturantes.

Estabelecidos estes aspectos, a pesquisa justifica-se pela necessidade de verificar como a CIDH vem colaborando para a efetivação de políticas públicas voltadas à EDH por parte do Estado Brasileiro, a partir do caráter estruturante de suas sentenças, focando-se no seguinte problema: como a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem contribuído para a educação em Direitos Humanos no sistema brasileiro por intermédio de suas decisões e quais as perspectivas e os desafios ao seu cumprimento?

Para tanto, serão abordados os principais aspectos referentes ao tema, como um breve aporte teórico sobre as sentenças estruturantes e os reflexos para além das partes envolvidas, a educação em direitos humanos como forma de prevenção para a não repetição de violações a esses direitos e sua necessidade de efetivação, tanto no ambiente formal quanto informal, para, ao final, realizar-se uma análise dos casos Ximenes Lopes e Gomes Lund e os reflexos para a EDH no Brasil, com as perspectivas e os desafios ao cumprimento das decisões.

2. AS SENTENÇAS ESTRUTURANTES E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INDUTORA DE POLÍTICAS PÚBLICAS: OS REFLEXOS PARA ALÉM DA REPARAÇÃO À VIOLAÇÃO PRESENTE NO CASO CONCRETO

As sentenças estruturantes têm sido cada vez mais frequentes no contexto do constitucionalismo latino-americano. No tocante à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), não é diferente. Suas decisões, não raras vezes, transcendem seus efeitos às partes, estendendo-se a determinados grupos de pessoas ou a toda a coletividade do Estado-parte.

Para que o propósito do trabalho seja atingido, com a análise dos casos em questão na

última seção, torna-se necessária a construção, mesmo que a título de ensaio, de um aporte teórico sobre ditas sentenças, ainda pouco conhecidas, não em virtude da falta de utilização prática, eis que presentes no cenário brasileiro, mas em razão da pouca exploração teórica acerca do tema.

As sentenças estruturantes, também denominadas de macrosentenças, transparecem um esforço judicial no sentido de dar efetividade aos comandos constitucionais, quando presentes graves violações estatais, generalizadas e recorrentes aos direitos humanos ou fundamentais (OSUNA, 2015, p. 92).

Sua origem remonta à Common Law estadunidense, com o termo *structural reform*, com destaque ao caso *Brown v. Board of Education*² (1954), em que se enfrentou a segregação racial nas escolas. Neste *case*, a Suprema Corte referiu-se às *structural injunctions* e adotou medidas³ para repelir uma série de situações graves e generalizadas que afrontavam a Constituição (especificamente a 14^a Emenda)⁴.

Significa dizer que se reconhece um estado de deficiência estrutural do poder público (Poderes Políticos) com seu dever de proteção aos direitos fundamentais, principalmente frente à ausência ou execução ineficiente de políticas públicas destinadas a sua concretização.

Nesse cenário, o juiz se habilita como o máximo garante e intérprete dos direitos previstos na Constituição⁵, definindo como o poder público deve atuar, com vistas a garantir o seu efetivo exercício, em assuntos de graves violações (geralmente por negligência estatal), expedindo, por conseguinte, determinações que ultrapassam os efeitos *inter partes* dos casos em análise, objetivando-se a resolução de um problema com efeito generalizado (OSUNA, 2015, p. 93).

Em outras palavras, para que se esteja diante de uma violação estrutural, torna-se necessário que se esteja diante de uma omissão (quando o Estado esteja obrigado a agir) ou de uma ineficiência estatal (quando, ainda que promova determinada ação, esta não produza o resultado necessário à efetivação dos direitos fundamentais das pessoas afetadas), diante do que, apenas o efeito *inter partes*, no caso concreto em análise, não produzirá a resposta necessária

que permita remediar a violação e prevenir sua repetição (ROJAS, 2015, p. 128).

A partir da experiência colombiana, levantam-se alguns traços comuns a essas condutas do poder público, tais como: violação massiva e generalizada de vários direitos previstos constitucionalmente e que afetam um significativo número de pessoas; omissão prolongada do poder público no cumprimento de suas obrigações para a garantia desses direitos; a adoção de práticas inconstitucionais, como a transferência da tutela do direito para o Poder Judiciário (judicialização⁶) para que se possa ter a sua garantia; não adoção das medidas legislativas e administrativas necessárias para se evitar a violação desses direitos; existência de um problema social, cuja resolução (conjunta) demande uma intervenção multissetorial; e que este problema possa acarretar um caos no Judiciário, no momento em que ocorra uma busca massiva (com um grande número de ações individuais) pela efetivação judicial desse direito (OSUNA, 2015, pp. 112-113).

Em razão disso, é possível identificar, nessas sentenças, algumas medidas características⁷, como determinações específicas quando o poder público esteja deixando de cumprir uma obrigação pontual e concreta; ordens para que ele atue, dentro dos limites discricionários legalmente conferidos, sendo que, neste caso, não há uma determinação com um conteúdo preciso, mas o estabelecimento de um marco, uma espécie de moldura, dentro da qual deve ocorrer o cumprimento, inclusive com a fixação de prazos; e, em caso de omissões contumazes, quando cumpra de forma ineficiente ou incompleta suas obrigações, deixando o direito sem proteção, determinações em um nível mais avançado, impondo soluções concretas, adentrando na sua margem de discricionariedade, em busca da concretização do direito (FERRAND, 2015, p. 122).

Ocorre que as sentenças com caráter estruturante não têm-se restringido só às jurisdições constitucionais, aparecendo, também, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), sendo uma face marcante nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁸, a exemplo das decisões objeto de análise na última seção deste trabalho.

A capacidade de guiar e influenciar os Estados democráticos por meio da apreciação

de casos concretos, seja na compatibilização da jurisprudência dos tribunais nacionais, tentando se estabelecer o alcance desses direitos, seja na indução de políticas públicas, tem sido não apenas um dos fins do SIDH, mas também um de seus principais desafios (ABRAMOVICH, 2009, p. 17).

Para atingir esse propósito, tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm analisado não apenas o caso concreto, mas também o contexto social e institucional (estrutural) em que esse surgiu e adquiriu sentido. Esta atuação pode ser vista em dois momentos, sendo, o primeiro, relacionado aos regimes militares e ao terrorismo de Estado, com a execução e desaparecimento forçado de determinadas pessoas ou grupo de pessoas, em um contexto de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos; já, o segundo, relacionado com a discriminação e violência contra determinados grupos sociais em situação de vulnerabilidade⁹ (ABRAMOVICH, 2009, p. 17).

Rojas (2015, p. 129), em caminho semelhante, aponta que em todos os casos de violações estruturais apreciados pela CIDH está presente uma situação de discriminação sistêmica e que estas violações não necessariamente guardam relação ao que os indivíduos fazem ou deixam de fazer, mas ao fato de pertencerem a um grupo que sofre exclusão e marginalização social, econômica, política ou cultural.

Por conseguinte, as demandas estruturais envolvendo a busca de igualdade entre determinados grupos de pessoas têm ocupado espaço na agenda do SIDH, o qual tem buscado o estabelecimento de uma "globalização" de princípios e padrões às normas sobre direitos humanos, ainda que encontre inúmeras dificuldades frente à diversidade cultural e democrática dos Estados-partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ABRAMOVICH, 2009, p. 12).

Dentre os instrumentos utilizados principalmente pela CIDH para a solidificação destes *estándares* em matéria de direitos humanos está a reinterpretação das obrigações gerais assumidas pelos signatários da CADH. Para tanto, a Corte tem estabelecido, quando da apreciação de casos concretos, que cabe aos Estados um conjunto de providências estruturais, constituídas basicamente por *medidas de ações*

afirmativas, medidas de diligência e medidas especiais (ROJAS, 2015, p. 131).

As primeiras referem-se às ações do Estado no sentido de promover medidas que busquem a materialização da igualdade entre grupos que, por razões históricas e culturais, encontram-se em situação de marginalidade e vulnerabilidade; as segundas condizem à necessidade de um dever de proteção/promoção aos direitos desses grupos em situação de risco, sendo que estas medidas tornam-se relevantes para a prevenção de futuras violações. As terceiras referem-se a problemas específicos, identificados e individualizados, cujos destinatários, a quem caberá uma medida pontual e eficaz (de caráter estrito), pertencem a uma coletividade (ROJAS, 2015, p. 131).

Inclusa nessas medidas, a capacidade em influenciar na orientação geral de algumas políticas públicas e no seu processo de formulação, implementação, avaliação e fiscalização tem sido característica marcante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Nada obstante, essas ações positivas são determinadas após um exame, caso a caso, dos padrões jurídicos, das políticas estatais implementadas ou da falta destas (ABRAMOVICH, 2009, p. 13).

Estas obrigações são variáveis, geralmente constituindo na alteração de políticas já existentes, em reformas legislativas, na implementação de processos participativos que resultem na formulação de novas políticas públicas, além da revisão de determinados padrões comportamentais de certas instituições do Estado que promoveram as violações¹⁰ (ABRAMOVICH, 2009, p. 13).

Frente a essas violações, a Corte declara a responsabilidade internacional do Estado-parte e impõe a obrigação de reparar. Esta, por sua vez, tem apresentado um caráter binário, constituído em medidas de reparação individual (restituição, compensação e satisfação) e medidas destinadas a modificar as causas estruturais que permitiram as violações (obrigação de não repetição) (ROJAS, 2015, p. 135).

É nesta segunda face da obrigação de reparação que reside o cerne do presente trabalho: a instituição de políticas públicas voltadas à educação em direitos humanos como principal ferramenta preventiva, objetivando a modificação dos padrões institucionais e culturais, tanto em um ambiente formal quanto informal, que, inevitavelmente, poderá evitar a

repetição das violações aos direitos humanos, que será objeto da seção a seguir.

3. A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO, TANTO NO AMBIENTE FORMAL QUANTO INFORMAL, COMO FERRAMENTA ESSENCIAL DE PREVENÇÃO À REPETIÇÃO DE VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

De nada adianta haver direitos catalogados no sistema normativo (seja nacional, seja regional), se não houver a eficácia no seu respeito/concretização. É neste contexto que surge papel relevante e indispensável à educação para os direitos humanos, seja ela desenvolvida em um contexto formal, seja informal. Ainda que se reconheça tratar de um processo difícil e complexo, quase beirando a um sonho, não se pode deixar de acreditar que é uma utopia “que se realiza na própria tentativa de realizá-la” (GORCZEWSKI; TAUCHEN, 2008, p. 73), como ensina Mandela¹¹:

Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender; e, se elas podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar, pois o amor chega mais naturalmente ao coração humano do que o seu oposto.¹²

Pode-se dizer que o foco da educação para os direitos humanos está na “aspiração de proteger a dignidade humana de todas as pessoas” (MOREIRA; GOMES, 2013, p. 44). É “criar uma cultura preventiva, fundamental para erradicar a violação dos mesmos” (GORCZEWSKI, 2009, p. 221), a qual não, necessariamente, deve partir de cima para baixo, mas pode, de forma efetiva, ter início de baixo para cima, eis que estes direitos só serão praticados quando realmente forem conhecidos e percebidos (GORCZEWSKI; KONRAD, 2013, p. 73).

Enfim, a educação para os direitos humanos tem como fim precípua a prevenção das violações a estes direitos, incentivando atitudes e iniciativas calcadas na tolerância, na solidariedade e no respeito (GORCZEWSKI, 2009, p. 221), podendo ser definida como um conjunto de atividades de educação, capacitação

e difusão de informações voltadas a estabelecer uma cultura universal dos direitos humanos¹³ e de respeito à dignidade humana, propiciando ao homem o apanágio de atuar como participante efetivo da construção da própria história da humanidade.

A importância da educação para os direitos humanos é destaque em dispositivos internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual elenca que este tem direito a uma educação “orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais”¹⁴, na Carta da Organização dos Estados Americanos, a qual prevê que “a educação dos povos deve orientar-se para a justiça, a liberdade e a paz”¹⁵ e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual impõe que a “educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido da sua dignidade e reforçar o respeito pelos direitos do homem e das liberdades fundamentais”¹⁶.

Na esteira do que apontam Gorczewski e Martín (2015, p. 46), a educação passou a ser objeto de atenção da comunidade internacional e o que se tem visto é que, “nos últimos anos, um incontável número de textos internacionais sobre os mais variados temas fazem referência direta à educação, muitos dos quais elegem-na como a mais eficaz forma de implementação do pactuado”.

No Brasil, em consonância com os dispositivos internacionais, o tema ganhou atenção específica em 2007, no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, o qual enfatiza que “a educação em direitos humanos, ao longo de todo o processo de redemocratização e de fortalecimento do regime democrático, tem buscado contribuir para dar sustentação às ações de promoção, proteção e defesa dos direitos humanos, e de reparação das violações”¹⁷ e tem como objetivo difundir a cultura dos direitos humanos no país.

Nesse sentido, o que se almeja com o plano é “a efetivação da democracia, do desenvolvimento, da justiça social e a construção de uma cultura de paz”, levando-se em consideração “a construção de uma sociedade baseada na promoção da igualdade de oportunidades e da equidade, no respeito à diversidade e na consolidação de uma

cultura democrática e cidadã” (SILVA, 2009, p. 138).

O objetivo, entretanto, só será alcançado por intermédio “da educação e aprendizagem para os direitos humanos, que poderá ser formal, informal e não-formal” (MOREIRA; GOMES, 2013, p. 45). Assim, ela poderá se desenvolver não apenas nos bancos escolares, mas também nos movimentos sociais, nas organizações não governamentais, nas associações, nos sindicatos, nas igrejas, nos clubes, dentre outros, podendo ser construída e fomentada no cotidiano social (GORCZEWSKI; TAUCHEN, 2008, p. 73).

É unânime e pacífico o reconhecimento da necessidade de implementar-se uma educação direcionada ao conhecimento/respeito/exercício dos direitos humanos (GORCZEWSKI, 2009, p. 224). Isso porque:

A compreensão dos princípios e procedimentos de direitos humanos habilita as pessoas a participar nas decisões determinantes para as suas vidas, funciona na resolução de conflitos e manutenção da paz segundo os direitos humanos, e é uma estratégia viável para um desenvolvimento humano, social e econômico centrado na pessoa. A educação para os direitos humanos (EDH) e a sua aprendizagem têm de ser assumidas por todos os atores e interessados, pela sociedade civil, bem como pelos governos e pelas empresas transnacionais. Através da aprendizagem dos direitos humanos, uma verdadeira “*cultura de direitos humanos*” pode ser desenvolvida, baseada no respeito, proteção, satisfação, cumprimento e prática dos direitos humanos (MOREIRA; GOMES, 2013, p. 45).

Os valores petrificados pelo Constituinte como Direitos Fundamentais constituem-se em garantias mínimas para uma existência humana com dignidade. São para todos e não podem ser afrontados, mitigados ou esquecidos por aqueles a quem não lhes convém.

Significa dizer que se parte da premissa que todos os seres humanos são iguais por natureza e, por conseguinte, possuem os mesmos direitos. Essa concepção está relacionada à noção de dignidade humana, valor absoluto que este ser possui, sendo os direitos humanos, essenciais não apenas à manutenção da vida, mas desta com dignidade (SILVA, 2009, pp. 136-137).

Destarte, não restam dúvidas de que a educação em direitos humanos é “uma importante ferramenta para a prevenção das

violações dos direitos humanos, fomentando a conduta e atitudes baseadas na tolerância, na solidariedade e no respeito”, o que criará “sociedades onde a proteção dos direitos humanos seja compreendida por todos – e responsabilidade de todos” (ESCOBERO, 1995, [s.p]).

Dito de outro modo, é necessário que se eduque a sociedade brasileira para que esta tenha em mente que “o respeito aos direitos humanos está indissociavelmente unido à democracia porque respeitar os direitos do homem significa respeitar sua liberdade de opinião, de associação, de manifestação e todas as demais liberdades que somente a democracia permite” (GORCZEWSKI; MARTIN 2011, p. 80), além de que este respeito “é essencial para o progresso e o desenvolvimento social e econômico” (RAYO, 2004, p. 17).

Sabe-se, entretanto, que para formar cidadãos comprometidos e engajados ao respeito dos direitos humanos, há a imperiosa necessidade de um comprometimento da sociedade como um todo, de forma que cada um admita sua parcela de responsabilidade. São por esses fundamentos que a educação para os direitos humanos necessitam da participação efetiva de todos os segmentos sociais:

A educação como vemos se mantém estreitamente unida à forma de organizar e pensar a sociedade. É impensável, portanto, uma educação sem valores, desvinculada de uma dimensão utópica. Educação, ética e política são vértices da construção utópica da paz que necessita de uma cultura de direitos humanos baseada não em qualquer tipo de democracia (representativa, avançada, etc), mas sim na democracia participativa na perspectiva de um renovado humanismo. Democracia que tem como principal protagonista a cidadania que participa na elaboração, aplicação e promoção de um conjunto de valores (RAYO, 2004, pp. 174-175).

Como impõe a Declaração Universal dos Direitos do Homem, já em seu preâmbulo, é necessário que “cada indivíduo e cada órgão da sociedade se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades”¹⁸. Isso é possível, eis que “a educação em Direitos Humanos comporta processos socializadores de uma Cultura em Direitos Humanos, que a disseminem nas relações e práticas sociais, no sentido de capacitar os sujeitos (individuais e coletivos) para a defesa

e promoção desta cultura” (SILVEIRA *et al*, 2007, p. 245).

Diante disso, alguns conteúdos essenciais deverão ser abordados, principalmente no tocante às discriminações e violências de qualquer natureza (étnica, racial, sexual, gênero, religiosa, social, dentre outras). Não se pode deixar de abordar também, na esteira de Rubio (2007 *apud* GORCZEWSKI, 2009, pp. 225-227), temas como a democracia, a cultura da paz, a solidariedade e cooperação, a diversidade e multiculturalismo, a sexualidade e o gênero, o consumo responsável e o meio ambiente, temas que devem ser abordados de forma interdisciplinar, ou seja, não em uma disciplina específica, mas associados a todas as outras, os quais deverão conter um conteúdo que encontre o equilíbrio entre um “puramente de direitos humanos (mais universal) e um de direitos de cidadania (mais local)” (GORCZEWSKI, 2009, p. 227).

Há de se dizer, porém, que a educação em direitos humanos só será implementada se houverem políticas públicas voltadas a sua inserção. Neste ponto, objetivando-se a proteção dos direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) demonstra-se importante instrumento na indução de tais medidas, por ocasião de suas decisões nos casos envolvendo violações a esses direitos, a exemplo dos casos Ximenes Lopes e Gomes Lund, como será visto a seguir.

4. A CORTE INTERAMERICANA E A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO FORMA DE PREVENÇÃO À REPETIÇÃO DAS VIOLAÇÕES: OS CASOS XIMENES LOPES E GOMES LUND E OUTROS *VERSUS* BRASIL – PERSPECTIVAS E DESAFIOS AO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES

A educação para os direitos humanos, voltada a determinados grupos sociais e profissionais torna-se indispensável para a própria promoção destes direitos. Assim, mesmo que de forma tímida (em duas das cinco sentenças), a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em suas decisões condenatórias ao Brasil, tem imposto tal obrigação, como se verá nas decisões envolvendo os casos Ximenes Lopes

versus Brasil e Gomes Lund e outros *versus* Brasil.

O caso Ximenes Lopes *versus* Brasil constitui-se na primeira condenação brasileira na Corte Interamericana de Direitos Humanos, ocorrida no ano de 2006¹⁹. O episódio envolvia violação de direitos humanos (integridade física, vida, garantias judiciais e proteção judicial), por ocasião da prática de maus tratos e a morte do cidadão Damião Ximenes Lopes, ocorrida em 04 de outubro de 1999, no interior da Casa de Repouso Guararapes, sediada no município de Sobral, no interior do Estado do Ceará. A vítima, portadora de necessidade especial mental, foi submetida à internação na referida clínica privada, a qual operava no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). A internação durou três dias, findada pela morte do paciente, após comprovadas agressões físicas e psicológicas.

Frente à comprovação de tais fatos, agravados pela investigação do Estado Brasileiro carregada de irregularidades, a CIDH condenou o Brasil não apenas pela ineficiência na prevenção desse tipo de incidente (diante do precário sistema de atendimento mental), mas também pela permissão à violação do direito à vida e à integridade pessoal da vítima (artigos 4º e 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH) e por ter descumprido o seu dever de investigar, identificar e sancionar os responsáveis pelos atos cometidos, violando as garantias judiciais, a proteção judicial e a obrigação de respeitar os direitos (artigos 8º, 25 e 1º, respectivamente, da CADH).

A decisão, frente às deficiências estruturais do Estado brasileiro, enfatizou a exigência de atenção especial às pessoas portadoras de necessidade especial mental, em virtude de sua vulnerabilidade. Reconheceu que ao Estado compete uma obrigação maior que a simples abstenção de violar direitos, pois se espera que este adote medidas positivas que busquem compensar as necessidades particulares de proteção que os sujeitos nessas condições possuem (CIDH, 2006).

Considerou que a vulnerabilidade intrínseca dos portadores de necessidade especial mental torna-os suscetíveis a tratamentos abusivos quando submetidos à internação, recaindo sobre o Estado o dever de assegurar atendimento médico eficaz a essas pessoas. Tal obrigação implica em garantir “acesso a serviços de saúde básicos; à promoção da saúde mental; à prestação

de serviços dessa natureza que sejam o menos restritivo possível; e à prevenção das deficiências mentais” (CIDH, 2006).

No que tange ao caso específico, a Corte compreendeu que as péssimas condições de funcionamento da Casa de Repouso Guararapes - tanto no que diz respeito à sua sede quanto ao atendimento - se mostravam distantes dos padrões considerados adequados à prestação de tratamento de saúde digno. Não obstante, a desídia na investigação por parte das autoridades estatais, por não apurar imediatamente os fatos, não realizar oportuna preservação e coleta de provas - sequer inspecionar o local dos acontecimentos ou ainda possibilitar a reconstituição dos mesmos, resultou na condenação brasileira (CIDH, 2006).

Diante disso, a CIDH expôs que, em relação às pessoas portadoras de necessidade especial mental, o Estado tem obrigação em garantir os direitos à vida e à integridade física, sendo que desses derivam deveres especiais de proteção e prevenção, os quais são concebidos para o caso em comento pelo dever de cuidar e regular, independentemente de se o tratamento ocorrer em instituição pública ou privada (CIDH, 2006).

O primeiro diz respeito à posição especial de garantia que o Estado assume em face das pessoas que se encontram sob sua guarda ou cuidado, possuindo a obrigação positiva de proporcionar as condições estruturais necessárias para o desenvolvimento de uma vida digna, competindo-lhe a adoção de medidas disponíveis e necessárias no sentido de impedir a deterioração da condição do paciente e otimizar sua saúde (CIDH, 2006).

O segundo consiste no dever de regular e fiscalizar o atendimento às pessoas portadoras de necessidade especial mental, o qual, de acordo com o enfatizado pela Corte, compete ao Estado, mesmo que as instituições que prestem o serviço sejam privadas, participantes ou não do Sistema Único de Saúde, conforme o caso da Casa de Repouso Guararapes (CIDH, 2006).

O caso Ximenes Lopes foi emblemático para a apreciação dos deveres de proteção do Estado frente aos portadores de deficiência e, conseqüentemente, de outras pessoas em semelhante estado de vulnerabilidade, por impor uma série de medidas estruturantes. Desse modo, constata-se que a proteção idealizada pela Corte reforça o entendimento de que ao Estado não cabe o papel de espectador das relações

sociais, e sim de guardião dos direitos humanos e fundamentais, independentemente de se o serviço de saúde esteja sendo prestado por si, diretamente, ou por instituições privadas.

A Corte entende, assim, que “a responsabilidade estatal também pode ser gerada por atos de particulares em princípio não atribuíveis ao Estado”, decorrendo das “obrigações *erga omnes* que têm os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção e de assegurar a efetividade dos direitos, projetando seus efeitos para além da relação entre seus agentes e as pessoas submetidas a sua jurisdição”. Em segundo aspecto, significa que o Estado tem a obrigação positiva “de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos nas relações interindividuais” (CIDH, 2006).

Diante disso, não só reconheceu tal dever aos direitos humanos previstos na CADH como também impôs, na parte resolutiva da sentença, além da condenação econômica (de caráter individual), o dever do Estado em desenvolver uma série de medidas estruturantes (de caráter coletivo e social), como um programa de formação e capacitação para os profissionais de saúde, especialmente às pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, tanto de instituições públicas quanto privadas, no intuito de agregar aos mesmos a formação de princípios de regência no trato das pessoas portadoras de deficiência mental, determinando a implantação de uma política pública ao Estado brasileiro.

Enquanto a denúncia tramitava na Comissão Interamericana de Direitos humanos, foi sancionada a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que, embora disponha “sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”, silencia quanto à formação e capacitação específica aos profissionais envolvidos.

No que tange à capacitação e formação, poucos instrumentos estruturais foram criados, como a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do SUS, pela Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011, do Ministério da Saúde, que dentre seus objetivos específicos, no Art. 4º, inciso V, prevê a obrigatoriedade do Estado “promover mecanismos de formação permanente aos

profissionais de saúde”, no que condiz a esse atendimento especial.

Observa-se que o efetivo cumprimento da determinação exarada pela CIDH, no que tange à formação e capacitação dos profissionais atuantes em saúde mental não tem sido promovida de forma eficaz, ao menos por intermédio de políticas públicas voltadas à formação e capacitação dos profissionais envolvidos no trato das pessoas em situação de vulnerabilidade pelo seu estado de saúde mental.

A segunda decisão a ser analisada corresponde à proferida no Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil. O caso versou sobre a violação dos direitos humanos de integrantes do Partido Comunista do Brasil e de camponeses na Guerrilha do Araguaia, ocorrida nas décadas de 1960 e 1970, durante o período do regime militar.

Enfrentada a controvérsia sobre a competência da Corte Interamericana para julgar o caso, ocorrido antes da submissão do Brasil a sua jurisdição contenciosa, a CIDH manifestou-se acerca dos fatos e omissões do Estado condizentes à falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pelos desaparecimentos forçados e execução extrajudicial; a ineficácia dos meios processuais à obtenção de informações sobre os fatos; as restrições ao direito de acesso à informação; e o sofrimento dos familiares (CIDH, 2010).

A CIDH responsabilizou o Estado brasileiro pelo desaparecimento forçado de sessenta e duas pessoas e pela violação dos direitos aos reconhecimentos da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal (estabelecidos nos Arts. 3, 4, 5 e 7), e pela inobservância da obrigação do Estado em respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 1.1) (CIDH, 2010).

Dentre as condenações, além da indenização pelos danos materiais e imateriais, determinou-se ao Estado brasileiro uma série de medidas estruturantes, dentre as quais a eliminação de todos os óbices jurídicos à informação, à verdade e à justiça; a condução de uma investigação penal eficaz, objetivando o esclarecimento e a correspondente responsabilização penal dos responsáveis; a publicação da sentença; e a realização de um ato público oficial de reconhecimento da responsabilidade internacional (CIDH, 2010).

Além disso, o Estado deve promover o atendimento médico, psiquiátrico e psicológico gratuito às vítimas que necessitarem, enviando todos os esforços para localizar o paradeiro das pessoas mortas e desaparecidas, dando continuidade à busca, sistematização e publicação dos dados referentes à Guerrilha e às violações aos direitos humanos ocorridas no período do regime militar, criando uma “Comissão da Verdade”, devendo, ainda, tipificar no ordenamento interno o crime de desaparecimento forçado de pessoas (CIDH, 2010).

Ponto relevante à pesquisa foi a determinação estruturante para que o Estado brasileiro implemente, em um prazo razoável, um programa permanente e obrigatório de educação em direitos humanos, na formação dos membros das Forças Armadas, em todos os níveis hierárquicos, como forma de evitar a repetição de tais violações (CIDH, 2010).

Tal qual o caso Ximenes Lopes, enquanto a denúncia contra o Estado brasileiro tramitava na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil inseriu, dentre os objetivos da Estratégia Nacional de defesa, estabelecida pelo Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008, a diretriz de que “as instituições de ensino das três Forças ampliarão nos seus currículos de formação militar disciplinas relativas a noções de Direito Constitucional e de Direitos Humanos, indispensáveis para consolidar a identificação das Forças Armadas com o povo brasileiro”.

Por conseguinte, apenas em maio de 2012, o Ministério da Defesa constituiu, por intermédio da Portaria nº 1.550, um grupo de trabalho com o objetivo de analisar e propor o aperfeiçoamento da legislação militar e de defesa, introduzindo ou ampliando a temática afeta à proteção dos direitos humanos.

Neste mesmo ano, conforme informações oficiais, o Exército brasileiro estabeleceu um “Programa de Direitos Humanos no Período de Adestramento de Garantia da Lei e da Ordem – PAB GLO”, a ser desenvolvido em todas as organizações militares distribuídas no território nacional (BRASIL, 2012).

No final do ano seguinte, segundo informações do Ministério da Defesa, “cerca de 100 militares e civis participaram do Curso Expedido de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário ministrado por meio de palestras de professores universitários

e especialistas no assunto”. Este curso teve o objetivo de treinar instrutores de instituições educacionais das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), para administrar instruções sobre direitos humanos (DEFESANET, 2013).

Observa-se que as medidas estruturantes adotadas pelo estado brasileiro cinge-se à inserção de uma disciplina voltada aos Direitos Humanos, fazendo com que apenas o decurso do tempo demonstre a eficácia das políticas públicas implementadas, oriunda da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros v. Brasil, como forma preventiva de não violação dos direitos humanos.

5. CONCLUSÃO

Como visto, as sentenças estruturantes, com efeitos além das partes envolvidas no caso concreto, têm sido característica contemporânea não apenas nas jurisdições constitucionais latino-americanas, como também na Corte Interamericana de Direitos Humanos, servindo de principal ferramenta para reparar (e prevenir) violações massivas a grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade social, política ou cultural.

Com a sujeição do Brasil à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) e o reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgar violações do Estado (compreendidas as ações comissivas e omissivas), o Brasil foi demandado como réu em alguns processos na Corte, dentre os quais os casos Ximenes Lopes e Gomes Lund.

Estes casos, em especial, foram os únicos com reflexos internos (ou deveriam ter) em matéria de políticas públicas voltadas à

educação em direitos humanos para mudanças institucionais (agentes de saúde – pública e privada – e militares das forças armadas). No primeiro caso, a Corte determinou que o Estado brasileiro implementasse um programa de formação e capacitação aos profissionais envolvidos com a saúde mental, de forma a prevenir que fatos como a morte violenta de Damião Ximenes Lopes, ocorrida no interior de uma casa de repouso, não viesse a ocorrer.

No caso Gomes Lund, a Corte determinou a inserção de uma formação em direitos humanos na grade curricular de todos os membros (incluindo-se todos os postos e graduações) das Forças Armadas, como forma de evitar que episódios como os ocorridos na “Guerrilha do Araguaia” não mais se repitam.

Dentre os resultados encontrados, verificou-se que, na prática, a consecução das determinações estruturantes da Corte pouco refletiram em medidas voltadas à educação em direitos humanos no ambiente clínico (caso Ximenes Lopes). No ambiente militar (caso Gomes Lund), houve a inserção de uma diretriz voltada aos direitos humanos na Estratégia Nacional de Defesa e a inserção de uma disciplina de direitos humanos na formação dos militares, ficando, todavia, a eficácia de tais medidas vinculada ao decurso do tempo, justamente para verificar que os erros cometidos no passado não venham novamente a ocorrer.

Por derradeiro, há de se dizer que, para a educação em direitos humanos, as decisões da Corte Interamericana demonstram-se importante instrumento de indução de políticas públicas, muito embora não seja prática comum, como forma preventiva de violações aos direitos humanos, a exemplo dos demais casos, nos quais a Corte deixou de determinar tais medidas.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos. In *Revista Internacional de Derechos Humanos*. v. 6. n. 11., 2009.
- ALVES, Felipe Dalenogare; MEOTTI, Francieli Freitas. *DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*: a educação para os Direitos Humanos como contraponto à atuação da jurisdição constitucional na tutela dos direitos contramajoritários. In GORCZEWSKI, Clovis (Org). *Direitos Humanos & Participação Política*. v. 5. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2014.
- BRASIL. Lei 10.216, de 6 de abril de 2001. *Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10216.htm>. Acesso em: 30 mai 2015.
- _____. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/edh/pnedhpor.pdf>>. Acesso em: 17 nov 13.
- _____. Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008. *Aprova a Estratégia Nacional de Defesa, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Decreto/D6703.htm>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- _____. *Portaria n.º 1.550-MD, de 31 de maio de 2012*. Constitui Grupo de Trabalho (GT), no âmbito do Ministério da Defesa, com o objetivo de analisar e propor o aperfeiçoamento da legislação militar e de defesa, introduzindo ou ampliando a temática afeta à proteção dos direitos humanos. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=2&pagina=11&data=01/06/2012>>. Acesso em: 30 mai 15.
- _____. *Portaria n.º 3.088, de 23 de dezembro de 2011*. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html>. Acesso em: 6 jun. 2015.
- _____. *Portal Oficial da República Federativa do Brasil*. Curso sobre Direitos Humanos é inserido no treinamento das Tropas da Força de Paz brasileira. Notícia de 1º jun 2012. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/06/curso-sobre-direitos-humanos-e-inserido-no-treinamento-das-tropas-da-forca-de-paz-brasileira>>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*: sentença de 04 de julho de 2006 (mérito, reparações e custas). San Jose da Costa Rica, 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 09 nov. 2014.
- _____. *Caso Gomes Lund e outros versus Brasil*: sentença de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2014.
- DEFESANET. *Membros das Forças Armadas do Brasil são treinados em direitos humanos*. Notícia de 30 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.defesanet.com.br/defesa/noticia/13664/Membros-das-Forcas-Armadas-do-Brasil-sao-treinados-em-direitos-humanos/>>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- ESCOBERO, Santos Jorna. *Presentación*. In *Educación em Derechos Humanos. Propuestas Didácticas*. Madrid: Sección Española de Amnistia Internacional, 1995.
- FERRAND, Martín Risso. *Sentencias estructurales: Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia"* In BAZÁN, Víctor (Ed.). *Justicia Constitutio y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales – las sentencias estructurales*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2009.
- _____; TAUCHEN, Gionara. *Educação em Direitos Humanos: para uma cultura de paz*. In *Revista Educação*. v. 31. n. 1. Porto Alegre: PUCRS, 2008.
- _____; MARTÍN, Nuria Belloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos*

- sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2011.
- _____. Educar para os direitos humanos: considerações, obstáculos e propostas. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. KONRAD, Letícia Regina. *A mediação na jurisdição paraestatal da sociedade multicultural: educando para a cidadania e concretizando direitos humanos*. In COSTA, Marli Marlene Moraes da; COLPO, Rosane Teresinha Carvalho; VEZENTINI, Sabrina Cassol. *Direito, Cidadania & Políticas Públicas*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013.
- JOBIM, Marco Félix. Brown v. Board of Education: a origem das medidas estruturantes. In *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. v. 7. n. 16. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *A necessária compatibilização do direito à informação aos direitos de personalidade e à dignidade humana: o papel da educação para os direitos humanos à comunicação social em um contexto pós-ADPF nº 130/DF*. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (Orgs.). *Acesso à Informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. O dever de proteção (*Schutzpflicht*) dos direitos fundamentais e sua utilização pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como fundamento para a condenação brasileira no caso Ximenes Lopes v. Brasil. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto* – edição especial em homenagem ao Professor Adérito Correia. Luanda: UAN, 2015.
- MOREIRA, Vital; GOMES, Carla De Marcelino. (Coords). *COMPREENDER OS DIREITOS HUMANOS: manual de educação para os direitos humanos*. Lisboa: CPLP, 2013.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Plan de acción - Programa Mundial para la Educación em derechos humanos – Primera Etapa*. Nova York: ONU, 2006.
- _____. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInter.pdf>. Acesso em 17 nov 13.
- _____. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 17 nov 13.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em 17 nov 13.
- OSUNA, Néstor. *Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia*. In BAZÁN, Víctor (Ed.). *Justicia Constitutio y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales – las sentencias estructurales*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- RAYO, José Tuvilla. *Educação em direitos humanos: rumo a uma perspectiva global*. Trad. Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artmed, 2004.
- ROJAS, Claudio Nash. *Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”*. In BAZÁN, Víctor (Ed.). *Justicia Constitutio y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales – las sentencias estructurales*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- RUBIO, David Sanchez. *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos. Propuesta didáctica*. Madrid: Algaida, 2007 apud GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2009.
- SILVA, Clemildo Anacleto da. *Educação, tolerância e direitos humanos: a importância do ensino de valores na escola*. Porto Alegre: Sulina, 2009.
- SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. et al. (Org). *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Universitária, 2007.

NOTAS

1. Este trabalho é resultado das pesquisas realizadas pelos autores junto ao “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana” (financiado pelo FINEP), vinculado ao PPGD da UNISC, rede de pesquisa que integra investigadores de diferentes países e instituições, e que tem por objeto o mapeamento da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos Tribunais Constitucionais no tocante à garantia e realização dos direitos fundamentais.
2. O julgado foi a consolidação de cinco casos que foram apreciados conjuntamente pela Suprema Corte (Brown v. Board of Education of Topeka; Briggs v. Elliot; Davis v. Board of Education of Prince Edward County; Boiling v. Sharpe e Gebhart v. Ethel).
3. Dentre elas, a ordem para que os Tribunais dos Estados, com a máxima urgência, determinassem as medidas necessárias e adequadas para a implementação de planos à impedir a segregação racial nas escolas públicas. O extrato da decisão pode ser visto em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=87>>. Acesso em: 30 mar. 2016.
4. A respeito, para fins de aprofundamento do tema, ver: JOBIM, Marco Félix. Brown v. Board of Education: a origem das medidas estruturantes. In *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. v. 7. n. 16. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
5. A respeito, ver o que denominamos de ativismo concretizador, in LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. Judicialização e Ativismo Judicial: O Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
6. Pode-se dizer que se trata de uma judicialização vinda “de cima para baixo”, com a transferência voluntária do Poder Público (uma omissão em seu dever de agir *ex officio*) para o Judiciário, a fim de que aquele atue apenas por determinação deste. Com isso, o Poder Público prolonga a concretização do direito e adia a execução da medida para um futuro incerto, geralmente após uma decisão judicial, já prejudicada por perda do objeto, a exemplo do fornecimento de determinado medicamento vital, quando, até ser promovido o cumprimento da sentença, o paciente poderá ter chegado a óbito.
7. Torna-se importante dizer que estas medidas podem aparecer de forma cumulativa, alternada ou até complementares e que não necessariamente catalogam um rol taxativo característico de tais decisões.
8. É possível identificar um considerável número de decisões em que a CIDH não se ateve apenas ao caso concreto, mas estendeu efeitos para que se obtivesse uma atuação preventiva e corretiva a fim de que tais violações não voltassem a ocorrer: “a) *Indígenas*: Mayagna Awas Tigni (2001), Yatama vs. Nicaragua (2005), Comunidad Indígena Yakye Axa (2005) y Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006), Saramaka vs. Surinam (2007), Sarayaku vs. Ecuador (2012), Norin Catrimán y otros vs. Chile (2014); b) *Mujeres*: Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (2006), González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (2009), Fernández Ortega (2010) y Rosendo Cantú vs. México (2010), Veliz Franco y otros vs. Guatemala (2014); c) *Niños/as*: “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (2001), “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay (2004), Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana (2005), Mendoza y otros vs. Argentina (2013). d) *Privados de libertad*: “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay (2004), Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela (2006), Vera Vera y otra vs. Ecuador (2011), Pacheco Teruel y otros vs. Honduras (2012). e) *Migrantes*: Vélez Loor vs. Panamá (2010), Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (2012), Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (2014). f) *Desplazados*: “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia (2005), “Masacre de Pueblo Bello” vs. Colombia (2006), Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia (2013). g) *Orientación sexual*: Atala Rifo y Niñas vs. Chile (2012)”. (grifou-se). (ROJAS, 2015, p. 129).
9. Observa-se que ambos os casos objeto de análise no presente trabalho se coadunam à observação de Abramovich (2009): Gomes Lund e outros v. Brasil com o primeiro (execução e desaparecimento de pessoas); Ximenes Lopes v. Brasil com o segundo (grupos em situação de vulnerabilidade);

10. Quanto a esta diretriz, torna-se nítida, nos dois casos em análise no presente trabalho, a determinação de medidas para alteração nos padrões de condutas de dois grupos institucionais: agentes das Forças Armadas e agentes de saúde pública e privada.
11. Parte dos conceitos acerca da educação para os direitos humanos foram trabalhados, originalmente, no contexto da tutela dos direitos contramajoritários, in ALVES, Felipe Dalenogare; MEOTTI, Francieli Freitas. *DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: a educação para os Direitos Humanos como contraponto à atuação da jurisdição constitucional na tutela dos direitos contramajoritários*. In GORCZEWSKI, Clovis (Org). *Direitos Humanos & Participação Política*. v. 5. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2014, p. 463-485 e in LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *A necessária compatibilização do direito à informação aos direitos de personalidade e à dignidade humana: o papel da educação para os direitos humanos à comunicação social em um contexto pós-ADPF nº 130/DF*. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (Orgs.). *Acesso à Informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 133-152.
12. Esta citação é célebre de Nelson Mandela, extraída de: GORCZEWSKI, 2009, p. 220.
13. A propósito, ver o inteiro teor em: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Plan de acción – Programa Mundial para la Educación em derechos humanos – Primera Etapa*. Nova York: ONU, 2006. p. 1.
14. A propósito, ver o inteiro teor em: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. p. 12. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em 17 nov 13.
15. A propósito, ver o inteiro teor em: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A41_Carta_da_Organizacao_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em 17 nov 13.
16. A propósito, ver o inteiro teor em: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. p. 6. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 17 nov 13.
17. A propósito, ver o inteiro teor em: BRASIL. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. p. 26. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/edh/pnedhpor.pdf>>. Acesso em: 17 nov 13.
18. A propósito ver: Declaração Universal dos Direitos do Homem, já citada.
19. Parte da análise da decisão da Corte no caso *Ximenes Lopes v. Brasil*, expressa nesta seção, foi apresentada no trabalho “A responsabilidade estatal e os deveres de proteção e prevenção no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*”, apresentado por Fernando Roberto Schnorr Alves e Felipe Dalenogare Alves na I Jornada Internacional e II Mostra de Pesquisa de Jurisdição Constitucional - Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2014 e publicada no artigo LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. *O dever de proteção (Schutzpflicht) dos direitos fundamentais e sua utilização pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como fundamento para a condenação brasileira no caso Ximenes Lopes v. Brasil*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto* – edição especial em homenagem ao Professor Adérito Correia. Luanda: UAN, 2015.

O JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA NO ESTATUTO DE ROMA

• • • • •

Paulo Pinto de Albuquerque

Doutor em Direito (Universidade Católica de Lisboa); Juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos desde abril de 2011; Professor convidado/visitante de universidades europeias, americanas e asiáticas.

RESUMO

O presente artigo estuda o julgamento de primeira instância do Estatuto de Roma, procurando comparar o estalão do direito internacional criminal com o do direito internacional dos direitos do homem. O estudo analisa a regulamentação dos princípios do acusatório, da imediação, do contraditório, da presunção da inocência, da disponibilidade da prova e da publicidade, concluindo que a regulamentação do julgamento no Estatuto de Roma reúne princípios próprios do modelo adversarial reúne nglo-saxônico, com algumas cedências significativas aos princípios próprios do modelo inquisitorial. Este compromisso coloca alguns problemas delicados à luz do estalão do direito internacional dos direitos do homem.

Palavras Chave

Estatuto de Roma: direito internacional dos direitos do homem; julgamento acusatório; imediação; contraditório; presunção da inocência; disponibilidade da prova; publicidade; modelo adversarial e modelo inquisitorial.

1. O julgamento de primeira instância do Estatuto de Roma obedece a um modelo misto, que congrega princípios próprios do modelo adversarial anglo-saxônico, com cedências aqui e além aos princípios próprios do modelo inquisitorial.

A principal manifestação daquela primeira vertente é o *princípio do acusatório*, isto é, o princípio segundo o qual o tribunal de julgamento não está implicado na definição e na valoração prévias do objecto do julgamento, competindo esta a um acusador e à defesa (e, eventualmente,

a um tribunal distinto do de julgamento, o tribunal de instrução) e mantendo-se o tribunal de julgamento imparcial relativamente às posições e juízos de valor da acusação e da defesa.

O princípio está consagrado por via da proibição expressa da participação do juiz de instrução no julgamento (artigo 39, n. 4, *in fine*), por via do regime de recusa de juiz que tenha intervindo anteriormente a qualquer título num caso submetido ao Tribunal ou num procedimento conexo, ao nível nacional (artigo 41, n. 2, (a) do Estatuto), e por via do regime de recusa do juiz que exprima opiniões, através da comunicação social, por escrito ou de acções públicas que objectivamente possam prejudicar a imparcialidade desse magistrado (regra 34, n. 1, (d) das Regras de Procedimento e Prova). Destarte, pode concluir-se que o Estatuto consagra uma regra implícita de que está vedado ao tribunal de julgamento emitir juízos de valor que impliquem uma sindicância do mérito dos factos contidos na acusação antes do início e durante o decurso da audiência de julgamento. Assim, o tribunal de julgamento não poderá no exercício dos seus poderes preparatórios da audiência de julgamento (artigo 64, n. 6, (a) do Estatuto) proferir decisões sobre o mérito dos factos da acusação, devendo remeter o processo ao juiz de instrução ou a um outro juiz de instrução para decisão de questões preliminares quando a tomada desta decisão possa implicar prejuízo para o funcionamento imparcial do tribunal (artigo 64, n. 4, do Estatuto).

Contudo, este princípio depara com alguns entorses significativos. Desde logo, o tribunal de julgamento tem de sindicat a decisão sobre a existência de indícios suficientes da prática do crime que justificam a prisão preventiva do acusado quer no reexame periódico quer no exame a pedido desta medida coactiva (artigo

64, n. 6, (a), artigo 60, ns. 1 e 2, e artigo 58, n. 1, (a) do Estatuto). Por outro lado, o tribunal de julgamento tem de sindicar a confissão do acusado ocorrida no início ou durante a audiência de julgamento, confrontando a confissão com todos os outros meios de prova, embora possa (mas não tenha imperativamente de o fazer !) remeter o processo a outro juízo de julgamento no caso de concluir que não estão reunidos os requisitos para condenação do acusado pelo crime. Por fim, o tribunal de julgamento tem de sindicar a retirada dos crimes imputados ao acusado se ela tiver lugar depois do início do julgamento, podendo discordar do pedido de retirada da acusação (artigo 61, n. 9, in fine, do Estatuto – atente-se que a tradução portuguesa publicada em Diário da República deturpa completamente a versão inglesa, ao fazer depender a retirada da autorização do juízo de instrução !). Em qualquer destes casos, o tribunal de julgamento compromete-se com o destino do objecto do processo e, no último caso, implica-se de tal modo com a acusação que substitui mesmo o acusador no papel de sustentar a sua viabilidade probatória.

2. O segundo princípio fundamental que reflecte o modelo adversarial é o *princípio da imediação*, ou seja, o princípio segundo o qual a prova deve ser produzida diante do tribunal permitindo a este uma percepção imediata (“olhos nos olhos”) dos meios de prova (artigos 69, n. 2, e 74, n. 2, in fine, do Estatuto).

Contudo, também aqui o Estatuto e as Regras de Procedimento prevêem excepções relevantes. Com efeito, o regime de declarações para memória futura ou, usando a terminologia do Estatuto, o regime da oportunidade investigativa única (artigo 56 do Estatuto) prevê que o juiz de instrução (ou o juiz de julgamento, por meio dos seus poderes derivados do artigo 64, n. 6, (a) do Estatuto) possa, a pedido do procurador (e só deste!), admitir a produção antecipada de prova testemunhal ou de outra natureza, podendo esta prova ser livremente valorada pelo tribunal de julgamento.

O juiz de instrução não pode substituir-se ao procurador no impulso inicial para a ocorrência deste incidente processual, pois ele depende da comunicação do procurador. Contudo, o juiz de instrução poderá recusar a verificação do carácter único da oportunidade de proceder à diligência probatória, isto é, poderá rejeitar o pedido do procurador. O fundamento da rejeição

pelo juiz de instrução deve residir apenas numa ponderação de que a situação não é única, não é urgente, não é excepcional e, por isso, não exige a antecipação da produção da prova. O juiz de instrução deve, pois, abster-se de fazer juízos de valor sobre a estratégia investigatória do procurador em sentido lato e de impor um plano de investigação ao procurador.

Se o juiz de instrução deferir o pedido, a diligência probatória antecipada pode decorrer com ou sem o defensor, com ou sem audição do arguido detido ou já interrogado, com ou sem a presença do juiz de instrução. O juiz de instrução tem apenas o dever de adoptar “as medidas que entender necessárias para assegurar a eficácia e a integridade do processo e, em particular, para proteger os direitos de defesa” (artigo 56, n. 1, (b) do Estatuto). Estas medidas devem ser requeridas pelo procurador, mas se o não forem ou se o forem em número e por modo desadequados podem mesmo ser ordenadas oficiosamente pelo juiz de instrução, após consulta com o procurador. O risco de o juiz de instrução impor desta forma uma estratégia investigatória, a “sua” estratégia, ao procurador é muito grande e deve exigir uma especial contenção do juiz de instrução no exercício deste poder de polícia sobre o procurador.

Por outro lado, a prova testemunhal produzida e registada durante a fase de inquérito pode ser valorada durante o julgamento em duas circunstâncias: primeiro, se a testemunha estiver ausente do julgamento, mas as partes tiverem tido oportunidade de a questionar durante a gravação da prova (regra 68 (a) das Regras de Procedimento e prova), consagrando-se aqui o estalão que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já fez vingar nos casos *Delta v. França*, de 1990, *Isgrò v. Itália*, de 1991, *Saïdi v. França*, de 1993, *Sadak e outros v. Turquia* (n.1), de 2001, *S.N. v. Suécia*, de 2002, e *Hulki Günes v. Turquia*, de 2003; segundo, se a testemunha presente no julgamento concordar com a utilização do registo da prova produzida anteriormente (regra 68 (b) das Regras de Procedimento e prova).

Assim, as testemunhas presentes em julgamento não podem ser confrontadas, contra sua vontade, com os seus depoimentos prévios para esclarecer contradições, lacunas ou imprecisões do depoimento prestado na audiência de julgamento e, bem entendido, a rejeição do consentimento pela testemunha

não pode ser tida em conta para decidir sobre a fiabilidade do seu depoimento. O depoimento prestado na fase de inquérito por testemunhas que entretanto morreram, ficaram incapazes ou desapareceram não pode ser valorado no julgamento, se as partes não tiverem tido a oportunidade de examinar essas testemunhas durante o momento da gravação da prova. Em bom rigor, a parte contrária não tem de estar presente aquando da produção e do registo da prova testemunhal na fase do inquérito, isto é, se a testemunha é apresentada pelo procurador, a defesa não tem necessariamente de estar presente no momento da gravação prévia da prova para que essa prova possa ser valorada em julgamento. Do mesmo modo, se a testemunha é apresentada pela defesa, o procurador não tem necessariamente de estar presente no momento de gravação prévia da prova para que ela possa ser valorada em julgamento. O preceito basta-se com a notificação da parte contrária para, querendo, comparecer à diligência de produção de prova ou, no mínimo, com a notificação para submeter questões à testemunha, tomar conhecimento das respostas e pedir esclarecimentos às respostas dadas.

Portanto, o Estatuto rejeita os *affidavits* do direito anglo-saxónico (na forma de declarações escritas ajuramentadas produzidas com intuito probatório perante uma autoridade competente para receber o depoimento ajuramentado), por serem estruturalmente incompatíveis com o incidente da oportunidade única de investigação e com a regra da valoração excepcional em julgamento da prova produzida e gravada durante a instrução. O Estatuto também rejeita a valoração em julgamento do depoimento e mesmo da confissão feita pelo acusado durante a fase de instrução.

3. O modelo adversarial assenta também no *princípio do contraditório*, isto é, no princípio de acordo com o qual as partes têm o direito de discutir todos os meios de produção e a legalidade e valor probatório dos mesmos.

A primeira consequência deste princípio é a da proibição do julgamento na ausência do arguido, salvo perturbação voluntária da audiência pelo mesmo (artigo 63, n. 2, do Estatuto). Se o arguido ficar incapaz de estar presente, a audiência suspende-se até que o mesmo recupere a sua condição física normal, mas em caso algum a prova já produzida perde

eficácia (regra 135 das Regras de Procedimento e de Prova).

A segunda consequência é a de que a prova da acusação deve ser revelada à defesa e vice-versa. O dever de revelação da prova é limitado quer quanto ao conteúdo dos meios de prova quer quanto ao momento temporal em que deve ser satisfeito.

O dever de revelação imposto ao procurador inclui a prova *à charge et à décharge*, reportada aos factos da acusação, salvo os meios de prova fornecidos ao procurador sob condição de manutenção da sua confidencialidade (que não podem ser utilizados como meios de prova em julgamento, mas apenas como meios de investigação de outros meios de prova), e deve ser satisfeito “logo que possível” ou, na versão inglesa, “logo que praticável” (artigo 54, n. 3, (e), e artigo 67, n. 2, do Estatuto).

O dever de revelação imposto ao defensor inclui a prova do alibi alegado ou da causa de exclusão de responsabilidade criminal invocada, embora possa ser alargado a outros meios de prova por decisão do tribunal, e deve ocorrer em tempo suficiente para permitir ao procurador preparar-se adequadamente e responder à prova da defesa (regra 79, n. 2, das Regras de Procedimento e de Prova).

O momento mais tardio para a revelação recíproca da prova da acusação e da defesa é o do início da audiência de julgamento, devendo o tribunal de julgamento previamente apreciar todo o processo (e, portanto, ter acesso e conhecer o dossier do inquérito que se encontra à guarda do secretário, nos termos da regra 131 das Regras de Procedimento e de Prova) de modo a determinar a revelação atempada (“com suficiente antecedência relativamente ao início do julgamento”) dos meios de prova ainda ocultos (artigo 64, n. 3, (c) do Estatuto), assim se rejeitando implicitamente a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nos casos *Rowe and Davis v. Reino Unido* (GC), de 2000, *Fitt v. Reino Unido* (GC), 2000, *Jasper v. Reino Unido*, de 2000, *P.G. and J.H. v. Reino Unido*, de 2001). Os meios de prova podem ser ocultos até esse momento pelo procurador e pelo defensor se houver “grave perigo para a segurança de uma testemunha ou da sua família” (artigo 68, n. 5, do Estatuto, e regra 81, ns. 5 e 6, das Regras de Procedimento e de Prova) ou ainda, no caso da prova do procurador, se houver “prejuízo para investigações subsequentes ou em

curso" (regra 81, n. 2, das Regras de Procedimento e de Prova). Se nem aquele perigo neste este prejuízo se verificarem, a revelação da prova deve ter lugar, directamente entre o procurador e a defesa, no prazo, respectivamente, de 30 dias e de 15 dias antes da audiência de confirmação da acusação, sob controlo do juiz de instrução, que poderá determinar a divulgação de outra prova quando o entender necessário para os fins da audiência (artigo 61, n. 3, do Estatuto, e regra 121 (2) das Regras de Procedimento e de Prova).

A terceira consequência do princípio do contraditório é a de que as partes têm o direito de contraditar toda a prova adversária e, designadamente a prova testemunhal, sem restrições e com conhecimento pleno da identidade das testemunhas. Com efeito, os depoimentos das testemunhas interrogadas na fase de instrução podem ser valorados na audiência de julgamento se o procurador e o defensor tiveram a oportunidade de examinar essas testemunhas no momento do registo da produção da prova (regra 68 (a) das Regras de Procedimento e de Prova, cujo sentido já foi anteriormente esclarecido) e os depoimentos das testemunhas interrogadas na fase de julgamento podem ser valorados na audiência de julgamento através de meios tecnológicos audio ou video se o procurador, o defensor e o tribunal poderem examinar a testemunha no momento da inquirição (regra 67 das Regras de Procedimento e de Prova). Fica, pois, prejudicada a possibilidade de apresentação de testemunhas anónimas, afastando-se a jurisprudência constante do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nos casos *Kostovski v. Países Baixos*, de 1989, *Windisch v. Áustria*, de 1990, *Doorson v. Países Baixos*, de 1996, e *Van Mechelen and Others v. Países Baixos*, de 1997. O uso de pseudónimos e o recurso a diligências à porta fechada ou com meios electrónicos ou outros meios especiais só está previsto para prevenir o conhecimento da identidade da testemunha pelo público (regra 87, n. 3, (d) das Regras de Procedimento e de Prova), mas não para evitar o conhecimento da identidade das testemunhas pelo defensor e pelo tribunal de julgamento.

4. O princípio da *presunção da inocência* é outro dos pilares do modelo adversarial consagrado no Estatuto. Embora o princípio esteja inserido nas disposições relativas ao julgamento (artigo 66 do Estatuto), ele vale para todo processo, até por maioria de razão.

O conteúdo substancial deste princípio reside na consideração de que a afirmação da culpa criminal depende de um convencimento do magistrado "para além de qualquer dúvida razoável". Está, por isso, excluído o recurso a juízos de maior probabilidade para condenação do arguido. Mas o princípio tem também uma vertente processual típica, que consiste na distribuição do ónus da prova de tal modo que ao procurador cabe provar a culpa do arguido (artigo 66, n. 2, do Estatuto) e estão proibidas as presunções de culpa e as inversões do ónus da prova (artigo 67, n. 1, (i) do Estatuto), mesmo na forma atenuada admitida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Salabiaku v. França*, de 1988. Resulta do dever do tribunal solicitar oficiosamente as provas que considerar necessárias para determinar a veracidade dos factos e do poder de ponderar os factos de conhecimento público (artigo 69, ns. 3 e 6, do Estatuto), que não há um ónus de alegação e prova dos factos que constituam fundamento das causas de exclusão da responsabilidade criminal. Acresce que a regra de distribuição do ónus da prova é reforçada pelo direito do arguido ao silêncio (artigo 67, n. 1, (g) do Estatuto), com a consequência da proibição de inferências probatórias prejudiciais (e, por maioria de razão, de incriminações) resultantes do silêncio do arguido, tenha o arguido sido previamente advertido ou não de que o seu silêncio podia dar lugar a inferências probatórias prejudiciais (ou a incriminações), afastando-se a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem dos casos *John Murray v. Reino Unido*, de 1996, e *Averill v. Reino Unido*, de 2000, no que toca à legitimidade das inferências probatórias prejudiciais para o arguido depois de ter sido advertido de que o seu silêncio podia implicar a conclusão dessas inferências probatórias prejudiciais pelo tribunal de julgamento e dos casos *Quinn v. Irlanda* e *Heaney and McGuinness v. Irlanda*, ambos de 2000, no que respeita à legitimidade da incriminação e punição com uma pena de prisão do arguido por não ter respondido cabalmente ou não ter respondido de todo a perguntas da polícia depois de ter sido advertido de que o seu silêncio podia fazê-lo incorrer em responsabilidade criminal. Contudo, esta regra é de algum modo quebrada pela previsão da possibilidade de o tribunal de julgamento tirar inferências probatórias prejudiciais ao arguido no caso de um Estado recusar um pedido de cooperação com

base em prejuízo para a segurança interna (artigo 72, n. 7, (a), (iii), (b) (ii) do Estatuto) !

A petição para absolvição do arguido apresentada pelo defensor logo após a produção da prova pelo procurador na audiência de julgamento (a designada *motion for acquittal*), cujo fundamento dogmático tem sido encontrado pelos tribunais internacionais criminais *ad hoc* no princípio da presunção da inocência, fica prejudicada pela confirmação indiciária da acusação pelo tribunal de instrução e é vedada por uma correcta interpretação do princípio da acusação, que impede ao tribunal de julgamento fazer um juízo “antecipado” de mérito (seja ele negativo ou positivo) sobre a culpa do arguido a meio da audiência de julgamento.¹

5. O processo adversarial é ainda regido pela *princípio da disponibilidade das partes sobre o objecto e os meios de prova*, mas no Estatuto ele é muito diluído. É certo que as partes podem acordar sobre a alteração dos factos constantes da acusação, a confissão do arguido e até sobre a pena devida (artigo 65, n. 5, do Estatuto) e sobre o conteúdo de documentos ou de certos testemunhos ou outros meios de prova (regra 69 das Regras de Procedimento e de Prova), mas este acordo não é vinculativo para o tribunal de julgamento. É certo que o procurador pode retirar todos os factos da acusação durante a audiência de julgamento (e, por maioria de razão, apenas alguns desses factos), com autorização do tribunal de julgamento, e pode adicionar novos factos ou substituí-los por outros mais graves após a confirmação da acusação e até à remessa dos autos para julgamento, com autorização do juízo de instrução, mas o procurador não poderá adicionar novos factos ou substituí-los por outros mais graves após a remessa dos autos para julgamento (artigo 61, n. 9, do Estatuto, *a contrario*).

É também certo que as partes dispõem sobre a ordem de produção da prova, mas fazem-no nos limites estritos fixados pelo tribunal e sob o controlo permanente deste (artigo 69, n. 3, do Estatuto e regra 140, ns. 1 e 2, (c), e regra 88, n. 5, das Regras de Procedimento e de Prova). O defensor tem sempre o direito de inquirir a testemunha em último lugar e o arguido não presta juramento e fala sempre no final (regra 140, n. 2, (d) e regra 141, n. 2, das Regras de Procedimento e de Prova).

Acresce que o tribunal de julgamento tem um importantíssimo poder oficioso de iniciativa

de produção de prova (artigos 64, n. 6, (d), e 69, n. 3, do Estatuto) (cujo exercício cabal implica o conhecimento do dossier do inquérito !) e um não menos importante poder de sindicância sobre a legalidade e a pertinência dos meios de prova carreados para a audiência pelas partes (artigo 64, n. 4, e artigo 65, ns. 1 e 5 do Estatuto).² O tribunal deve exercer este poder no âmbito de um quadro limitado e flexível de regras probatórias e de que se destacam as regras relativas à desnecessidade de corroboração da prova, particularmente no que respeita aos crimes sexuais (regra 63, n. 4, das Regras de Procedimento e de Prova), à inadmissibilidade, “quando adequada” (*where appropriate*, na expressão inglesa), da inferência do consentimento da vítima dos crimes sexuais (regras 70 e 71 das Regras de Procedimento e de Prova), à admissibilidade do consentimento expresso e tácito para desconsideração do segredo profissional (regra 73 das Regras de Procedimento e de Prova), e ainda à prestação de garantias de imunidade em caso de testemunho auto-incriminatório (regra 74 das Regras de Procedimento e de Prova) e à faculdade de recusa de prestação de depoimento por membro da família do acusado (artigo 75 das Regras de Procedimento e de Prova). Por outro lado, o regime sancionatório das regras probatórias assenta, não em um elenco fechado ou enunciativo de nulidades, mas numa regra genérica de exclusão dos meios de prova obtidos em violação do Estatuto (e, obviamente, das Regras de Procedimento e de Prova que o concretizam) ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas quando essa violação cause prejuízo grave ao processo ou suscite dúvida séria sobre a fiabilidade das provas (artigo 69, n. 7, do Estatuto), à imagem da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nos casos *Schenk v. Suíça*, de 1988, *Khan v. Reino Unido*, de 2000, e *P.G. e J.H. v. Reino Unido*, de 2001. Este regime sancionatório permite uma ampla margem de valoração ao tribunal de julgamento, que poderá ser mais influenciado pelas características particulares do caso em apreço e pela repercussão concreta da violação no destino do caso do que por considerações de princípio sobre a danosidade intrínseca do vício cometido (assim poderá suceder, por exemplo, no caso do “treino”, o chamado *coaching* das testemunhas, ou no aproveitamento da prova produzida pelas “testemunhas genéricas”, na expressão inglesa, as *overview witnesses*, ou mesmo da prova de ouvir-dizer).³

Este amplo poder é controlado por via de recurso, para o que contribui o dever de fundamentação, também ele amplo, da decisão final (“uma exposição completa e fundamentada da apreciação das provas”) e a possibilidade de a decisão, ela própria, revelar as opiniões da maioria e da minoria, sem contudo admitir votos de vencido, uma vez que se trata de “uma só decisão” (artigo 74, n. 5, do Estatuto).

O tribunal de julgamento pode autorizar, quando “o considerar oportuno”, a expressão pelas vítimas de “opiniões e preocupações” através dos seus representantes legais (artigo 68, n. 3, do Estatuto) e dispõe mesmo do poder oficioso de fixação da indemnização devida às vítimas (artigo 75, n. 1, do Estatuto).

O tribunal de julgamento pode ainda oficiosamente (e deverá a requerimento de alguma das partes) determinar a realização de uma audiência para aplicação da pena (*sentencing*), com o fito de conhecer não apenas de exposições relevantes para a determinação da pena, mas também de elementos adicionais

de prova (e não necessariamente de elementos probatórios “novos”, como resulta da tradução portuguesa !) referentes à gravidade do crime e às condições pessoais do condenado (artigo 76 e 78 do Estatuto).⁴

6. O *princípio da publicidade* é o último dos princípios basilares de um sistema adversarial e encontra-se consagrado no Estatuto (artigo 64, n. 7). As excepções à publicidade só podem dizer respeito a “determinadas diligências” e não a todo o processo. Acresce que as excepções à publicidade só podem prosseguir dois fins: ou proteger a informação relativa à segurança nacional (artigo 72, n. 5, (d) do Estatuto) ou proteger as vítimas, as testemunhas ou mesmo o arguido (artigo 68, n. 2, do Estatuto). Os meios utilizados para estes efeitos podem ser a realização da diligência à porta fechada, o uso de meios electrónicos ou de outros meios especiais e ainda, relativamente às vítimas e testemunhas, o uso de pseudónimos (regra 87, n. 3, das Regras de Procedimento e de Prova).

NOTAS

1. Como concluem, ainda que de, modo reticente, os autores do estudo Measures available to the ICC to reduce the length of proceedings, Informal Expert Paper, ICC-OTP, 2003, p. 13.
2. Sobre a interpretação do requisito da pertinência com o significado de credibilidade *prima facie* do meio de prova, Helen Brady, "The System of Evidence in the Statute of the International Criminal Court", in Flavia Lattanzi e William Schabas, Essays on the Rome Statute of the ICC, Roma: Editrice il Sirente, 2, p. 290.
3. Sobre a admissibilidade destes meios de prova, Measures available to the ICC to reduce the length of proceedings, Informal Expert Paper, ICC-OTP, 2003, p. 15, e William Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 151.
4. Com razão, William Schabas conclui que há "uma forte presunção a favor de uma audiência distinta de determinação da sentença a seguir à condenação" espelhada no Estatuto. Veja-se William Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 157.

EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: UMA PODEROSA ARMA DOS ÍNDIOS E NEGROS DE AQUIRAZ-CE, NA BUSCA DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO

.....

Racquel Valério Martins

Doutoranda em Educação e Mestre em Antropologia de Iberoamérica pela Universidad de Salamanca; Licenciada em Ciências Econômicas pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR; Membro da ABS (*Asociación de la Comunidad Brasileña en Salamanca*) e do IBDH (Instituto Brasileiro de Direitos Humanos).

Renato Alves Vieira de Melo

Doutorando em Ciências Sociais na Universidad de Salamanca; Mestre em Antropología de Iberoamérica pela Universidad de Salamanca na Espanha; Mestre em Ciências Contábeis pela Fundação Getúlio Vargas; Pós-Graduado Lato Sensu, Curso de especialização em Contabilidade e Controle pela Universidade de Fortaleza.

RESUMO

Os quilombolas e indígenas de Aquiraz passam, em suas lutas, a considerar a educação como a ferramenta que ensinará a redução das discriminações que sofrem ao longo dos anos. Para o alcance de uma igualdade sem discriminação, o direito à educação deve ser compreendido e priorizado como direito fundamental de natureza social apto a contribuir para o fortalecimento das referidas lutas, ou para uma mudança concreta de sua realidade. Neste sentido, serão abordadas temáticas conceituais trabalhadas na Antropologia e voltadas para os Direitos Humanos: a multiculturalidade e a Interculturalidade, o que, certamente, implicará perspectivas para a otimização do modelo atual da educação das referidas minorias.

Palavras Chave

Indígenas; quilombolas; educação; cooperativismo.

INTRODUÇÃO

Na luta travada pelos negros e indígenas que vivem na cidade de Aquiraz, Ceará, Brasil, contra a discriminação, a educação emerge como uma possibilidade de diminuir as desigualdades existentes. E para uma melhor compreensão do Direito à Educação, buscamos promover a ideia de prioridade do referido direito e contribuir para sua melhor satisfação, sobretudo para as comunidades Jenipapo-Kanindé e Lagoa de

Ramos e Goiabeiras, ampliando as possibilidades concretas de sua efetivação sob a perspectiva de formação para o cooperativismo, o que aparece atualmente como uma proposta de mudança da situação socioeconômica das duas comunidades.

Importa salientar que não procederemos à análise das diversas formas de regulamentação do direito à educação em nosso ordenamento jurídico, mas tão somente à reflexão acerca do regime jurídico conferido à educação como um direito fundamental de natureza social; e como esse direito tem sido alcançado e poderá contribuir seja para o fortalecimento das lutas, seja para a mudança concreta da realidade das comunidades Indígena e Quilombola do Município de Aquiraz. Para isso, faz-se necessário compreender o papel de destaque conferido aos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, fruto do modelo de Estado adotado em nossa Constituição, além de abordar temáticas conceituais trabalhadas na Antropologia e voltadas para os Direitos Humanos: a multiculturalidade e a Interculturalidade.

São objetivos do presente estudo: a) analisar a distância entre a ideia de prioridade que é dada à educação e a realidade factual, especialmente para as minorias indígena e negra de Aquiraz, no Ceará; b) instigar a reflexão sobre o conceito de multiculturalidade no contexto da igualdade e não discriminação, com a ideia do fortalecimento das lutas travadas pelos índios e negros aquirazenses, utilizando a educação como uma poderosa arma transformadora da realidade

vivida por eles; c) estabelecer a possibilidade de uma ampliação interpretativa do termo “diferenciada”, voltada para o cooperativismo na educação dos índios e negros, de modo que, na prática, sejam diminuídas a desigualdade e a discriminação sofridas por estes, bem como o tipo de prestações exigíveis do Poder Público com um modelo possível para a sua satisfação em caso de oferta irregular ou insuficiente.

IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO NA EDUCAÇÃO OFERTADAS AOS VULNERÁVEIS

Partimos da ideia de Boaventura de Sousa Santos (1997) de que as pessoas têm direito a serem iguais sempre que as diferenças as tornem inferiores; sabemos, entretanto, que essas têm igualmente o direito de serem diferentes sempre que a igualdade colocar em risco suas identidades. Ademais, servimo-nos do despertar da consciência para as necessidades especiais de proteção dos vulneráveis, assim considerado por Antonio Augusto Cançado Trindade (2014) ao afirmar que, nas duas últimas décadas, passou-se a reconhecer a necessidade premente de proteger, de modo especial, os mais desfavorecidos e vulneráveis, os quais, apesar de toda atenção que os órgãos supervisores dos tratados de direitos humanos lhes têm dedicado, têm ainda um longo caminho a percorrer, posto que, a despeito dos avanços registrados nas últimas décadas no domínio da proteção internacional dos direitos humanos, persistem as respectivas violações.

O surgimento da educação, como uma ferramenta capaz de possibilitar a diminuição das desigualdades, instiga-nos a lançar um olhar crítico para os termos a ela relacionados. Observamos, neste contexto, a necessidade do desenvolvimento de uma interpretação do termo “diferenciada”, levando em consideração não só as diferenças culturais, mas também as diferenças socioeconômicas vividas pelos negros e indígenas que habitam a cidade de Aquiraz, Ceará.

É evidente tratar-se de uma imposição constitucional do Brasil como um Estado social de direito de inspiração democrática. O que pode ser verificado, observando o *caput* do artigo 1º, que institui o Estado democrático de direito – tendo como fundamento a cidadania (inciso III) e o pluralismo político (inciso V), bem como o parágrafo único do mesmo dispositivo que consagra o princípio da soberania popular.

O caráter social deste Estado democrático de direito fica explícito, entre outros, no artigo 3º, no qual se estabelece como um dos objetivos fundamentais da República a redução das desigualdades sociais (inciso III). E o direito à educação, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, aparece como um direito fundamental de natureza social. Além da previsão constitucional, há uma série de outros documentos jurídicos que contêm dispositivos relevantes a respeito do direito à educação; entre outros, podemos destacar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil, no livre gozo de sua soberania, aos 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Legislativo nº 592, em 6 de dezembro de 1992.

PRIORIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Tratando especificamente do Direito à Educação e entendendo este como manifestação essencial do universo indivisível, interdependente e inter-relacionado a todos os direitos humanos reconhecidos, nítido é que a carência e insuficiência deste afeta e desvirtua os demais direitos. A Educação é um instrumento básico para combater as desigualdades sociais, através da qual se persegue o acesso efetivo dos bens e valores da cultura, observando o princípio de igualdade de oportunidades; é, conseqüentemente, como consignam diversos escritores e organismos internacionais, a tarefa mais significativa das nações.

Assinala o estadista Jacques Delors que “da educação depende em grande medida o progresso da humanidade... Hoje está cada vez mais enraizada a convicção de que a educação constitui uma das armas mais poderosas de que dispomos para inventar o futuro...” (tradução nossa). Educar é uma tarefa de todos: família, igrejas, partidos políticos, sindicatos, associações voluntárias, meios de comunicação, empresas, não se limitando a essas instituições; pelo contrário, estende-se a uma grande variedade das mesmas. A educação, que é um direito, é também um dever de todos e deve ser tratada como prioridade porque esta é condição da cultura, da liberdade e da dignidade humanas. Hoje, de conformidade com a agenda do século XXI, a priorização da educação deve levar em conta os mais vulneráveis, com vistas a igualar as oportunidades para os “marginalizados”, os quais, em um consenso regular dos países,

são os pequenos camponeses, os indígenas, os afrodescendentes, os trabalhadores informais e as mulheres pobres.

Especificamente, a educação para índios e negros se destaca como base fundamental para que esses povos reconquistem suas dignidades. A educação para esses povos sempre foi uma educação que visava a integrar o índio na sociedade brasileira, e excluir os negros, pois, no caso dos afrodescendentes, o trato da educação era totalmente diferente do corriqueiro. Enquanto os índios foram alfabetizados apesar de ter sido com o intuito de servirem aos interesses da Coroa e da Fé católica, os negros sequer recebiam uma educação formal e, quase sempre quando isso ocorria, era muito violenta, na base do açoite, do castigo: os trabalhos forçados eram sua escola de vida. E pelas intenções das classes dominantes, por exemplo, o termo integração acabou sendo tratado como sinônimo de etnocídio.

É importante comentar que foi no final do século XVIII, na França, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que muitos reflexos se produziram no mundo, com o impacto de seu texto sobre a elaboração de uma doutrina preocupada com o tema “direitos humanos”. Estamos de pleno acordo com Mônica Herman Caggiano, quando afirma que, desde a edição da referida declaração, avulta a ideia da impositiva necessidade de assegurar o acesso à educação. (CAGGIANO, 2009). A declaração jacobina de 1793 igualmente evidencia a relevância da educação, identificando-a como uma necessidade para todos. Aqui ressaltamos que no termo “todos” deveriam estar inclusos indígenas e quilombolas.

O século XIX é marcado pelo Liberalismo, em que o direito à educação é tido como ponto de apoio, no qual houve uma grande influência francesa e um centralismo administrativo. Durante esse período é garantido o liberalismo europeu; contudo, o Brasil não consegue adequar-se, e resulta na conversão em um projeto burguês de minorias. Época da educação para cidadania, onde a base da educação elementar no Brasil é proclamada universal, obrigatória e gratuita, mas não se viu materializada, época em que consta no texto constitucional o “Tratado completo de educação da mocidade brasileira” (1823) – reflexo do texto de Condorcet¹, respondendo à pauta francesa de três níveis de ensinamento: primária, segunda e terceira. É quando os liberais

brasileiros apostam na ideia de cidadão com um dos direitos básicos como a educação.

EDUCAÇÃO INSTITUCIONAL NO BRASIL

Foi a partir do ano de 1850, com o início da consolidação do Império, que começaram as políticas educacionais a proliferar, marcando a década com muitas realizações importantes para a educação institucional. Este é um período de grande importância porque muito esclarece sobre a educação dos negros no Brasil.

Foram elaborados à época, para regular o ensino primário e secundário, como também para criar escolas públicas de instrução primária, leis e decretos que regulamentavam, entre outras coisas, a possibilidade de se admitir alunos pobres em escolas particulares, mediante gratificação do Estado, bem como a assistência educacional de meninos pobres e indigentes menores de doze anos; como também a obrigatoriedade de ensino para todos os meninos maiores de 7 anos. Cumpre aduzir que, apesar disso, foi explicitamente proibida a admissão de meninos escravos². Além disso, quando da implantação da Reforma Couto Ferraz, que aprovou o regulamento do ensino primário e secundário, a mesma foi como uma extensão de tal proibição, pois se estabeleceu que nas escolas públicas do país não seriam admitidos escravos e a previsão de instrução para adultos dependia da disponibilidade dos professores, ou seja, os professores não eram obrigados a ensinar aos negros. Foi também criado o curso noturno para adultos nas escolas públicas de instrução primária, com a condição de que fossem do sexo masculino e livres ou libertos; continua, portanto, a advertência de que não admite o acesso aos escravos.

O impedimento à educação institucional aos escravos só cessou com a promulgação do Decreto 7.247 de 19 de abril de 1879, que regulou o ensino primário e secundário no município da Corte e o ensino superior em todo o Império, instituindo a liberdade de ensino e de método. Mesmo sem esse impedimento, e depois de mais de um século da abolição da escravatura, dificilmente podemos considerar inexistente a condição de escravo em nosso país, posto que, como proclama Epicteto: “Só as pessoas que receberam educação são livres”.

É inegável que o direito à educação está hoje elencado no catálogo dos direitos humanos fundamentais, e que este dispõe de qualidades

próprias (natureza de direitos morais, qualidade de direitos preferenciais e fundamentalidade do interesse ou carência protegida), além de ser referido tanto como um direito de primeira geração (direito individual) quanto de segunda geração (direito coletivo). Todo o exposto, em nossa opinião, só evidencia ainda mais o atraso secular brasileiro relativamente ao direito da educação, pois só foi elencado no texto constitucional brasileiro sob o prisma de direito social com a Constituição de 1988, ou seja, a aplicabilidade do que é defendido nas declarações francesas só chega ao ordenamento jurídico do Brasil pelo menos 200 anos depois. E a ideia do sistema nacional de educação nem foi uma questão resolvida no Brasil no século XIX e nem nos primeiros anos do século XX. Um déficit acumulado até hoje.

DIREITO À EDUCAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DESSA PARA INDÍGENAS E AFRODESCENDENTES

Na década de 80, Sirgado, de acordo com Oliveira (2014), faz referência tanto ao não ingresso como à não permanência dos marginalizados no sistema educacional formal, lecionando que não só aqueles não têm em sua maioria acesso à escola, mas também que são, quando nela entram, rapidamente eliminados em virtude da burocracia que sofrem de seleção e exclusão. Sabemos que o termo “marginalizados” abrange diversos outros grupos, mas delimitaremos nossa discussão ao enfoque do indígena e do afrodescendente como os socialmente excluídos.

Mister é apostar-se na educação como uma forma de garantir a inclusão daqueles que historicamente tiveram seus direitos humanos e sociais negados, respeitando, como defende Arroyo, nas palavras de Pimenta e Fonseca (2014), a especificidade de cada aluno, levando-se em conta que esses têm o direito de serem respeitados em suas singularidades mentais, culturais, éticas e humanas. Assim como Freire (2000), acreditamos que, se a educação sozinha não transforma a sociedade e sem ela tampouco a sociedade muda.

Atualmente, vivemos uma tensão que se situa entre a conquista do direito à educação com respaldo legal, como parte dos direitos sociais, e a dificuldade encontrada quando se tenta efetivá-lo.

No que tange à educação dos negros, cumpre agregar que, apenas em 1979, não se proíbe mais o ingresso de escravos nas escolas. Ocorre que, sem a existência de uma legislação que regulasse institucionalmente a referida educação, muitos ex-escravos acabaram a mercê dos mandos e desmandos sociais, pois, com as dificuldades de encontrarem trabalho e de se firmarem financeiramente, já que a maioria não sabia ler ou escrever e não tinha moradia, acabaram sujeitos a toda sorte de ameaças e humilhações.

Com respeito à Educação indígena, as leis a ela relacionadas demoraram para aparecer, e muitas delas não tiveram suas ideias totalmente concretizadas. Até o início dos anos 1990, toda a política voltada para os povos indígenas estava concentrada na Fundação Nacional do Índio (Funai), o que foi alterado, passando o ensino a ser de responsabilidade do Ministério da Educação (MEC), o que ajudou na criação de núcleos de Educação indígena nas secretarias estaduais. Então se começou a pensar em diretrizes para uma política nacional para a área. E, no final desta década, o direito a uma Educação bilíngue e intercultural já estava garantido na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e no Referencial Curricular Nacional para as Escolas Indígenas.

No final do século XX, contra os processos crescentes de exclusão social, surge a perspectiva intercultural que, em nível das práticas educacionais, propõe novas estratégias de relação entre grupos diferentes, para que se construam identidades sociais, reconhecendo-se as diferenças culturais, e sustentando-se a relação crítica e solidária entre elas. O foco principal da educação a partir daí passa a ser a elaboração de modelos culturais que interagem na formação de cada indivíduo envolvido, legitimando sua cultura de origem e promovendo a coesão com a cultura diferente.

A fundamentação da educação intercultural é uma Declaração da UNESCO, de 1978, consoante a qual todos os povos e todos grupos humanos, qualquer que seja a sua composição ou a sua origem étnica, contribuem conforme sua própria índole para o progresso das civilizações e das culturas, que, na sua pluralidade e em virtude de sua interpretação, constituem o patrimônio comum da humanidade. (UNESCO, 1978).

No caso brasileiro, pela própria história da formação social, exige-se que a orientação das

relações entre grupos de distintas etnias seja mais elaborada, pois é uma situação muito mais complexa que o acolhimento de estrangeiros, tal como a educação intercultural preconizada e priorizada na Europa.

Nesse contexto, surge a educação diferenciada implicitamente, tarde ou não, na década de 90, como um entremear da educação inclusiva, que foi definitivamente semeada no Brasil, com sua participação na Conferência Mundial sobre Educação para Todos, na cidade de Jomtiem, na Tailândia, que teve o objetivo de despertar a necessidade da educação de qualidade para todos. E, evidentemente, devemos levar em conta que não pode haver discriminação, incluindo aí absolutamente todos: índios, negros, deficientes, pobres, marginais, não excluindo ninguém. Na referida Declaração, estabeleceu-se o conteúdo mínimo substancial do direito da educação e as garantias mínimas que devem ser cumpridas para que seja efetivo o desenvolvimento de tal conteúdo (Artículos 1º e 2º). Ademais, nos artigos 3º e 7º, esta expõe uma visão ampliada que compreende: universalizar o acesso à educação e fomentar a equidade; prestar atenção prioritária à aprendizagem; ampliar os meios e o alcance da educação básica; melhorar o ambiente para aprendizagem; e fortalecer a negociação de ações.

EDUCAÇÃO DIFERENCIADA NO CONTEXTO BRASILEIRO

Em 1996, com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o Plano Nacional de Educação, o MEC passa a abordar a educação diferenciada, pautada pelo emprego das línguas indígenas, pela valorização dos conhecimentos e saberes milenares desses povos e pela formação dos próprios índios para atuarem como docentes em suas comunidades. Essa educação aparece como um direito indígena.

Chegamos ao século XXI e a grande preocupação ainda é com uma educação para a multiculturalidade. Nosso desafio foi, com o início da pesquisa no ano de 2013, dar o primeiro passo para a promoção de uma nova educação diferenciada no município de Aquiraz.

Pudemos, porém, constatar que ao menos os programas de formação de professores indígenas tiveram grande avanço. O MEC, em 2005, criou o Programa de Apoio à Formação Superior e Licenciaturas Interculturais Indígenas (Prolind), para os docentes dos anos finais do

Ensino Fundamental e do Médio. Atualmente, mais de 1,5 mil professores indígenas estão em formação em 23 licenciaturas oferecidas por 20 instituições de ensino superior. Entre elas, podemos citar o Projeto LII PITAKAJÁ (Licenciatura Indígena dos povos Pitaguarary, Tapeba, Kanindé, Jenipapo-Kanindé e Anacê), no qual participam os indígenas de Aquiraz. Está ainda em curso no país a criação de 26 Territórios Etnoeducacionais (TEEs), um modelo de gestão que privilegia a territorialidade dos povos e não a divisão política do país. Afinal, muitos grupos que compartilham práticas culturais estão presentes em mais de um estado, o que dificulta a elaboração de políticas e a coordenação dos sistemas de ensino.

EDUCAÇÃO ÉTNICO-RACIAL NO BRASIL

Tudo começou com a sanção da Lei nº 10.639, em 9 de janeiro de 2003, pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva. Com essa lei se torna obrigatório, nos estabelecimentos de ensinos fundamental e médio, oficiais e particulares, o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileiras, contemplando o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, valorizando a participação do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil.

Ao longo do ano de 2004, a Coordenação-Geral de Diversidade e Inclusão Educacional (CGDIE) realizou vários Fóruns Estaduais de Educação e Diversidade Étnico-Racial, organizados em parceria com os Movimentos Sociais Negros, com as Secretarias Estaduais de Educação e com algumas universidades federais, com o fim de discutir a implementação da Lei nº 10.639/03.

De acordo com o Parecer/CP nº 003/2004 (BRASIL, 2004, p. 6), “[...] a educação das relações étnico-raciais impõe aprendizagens entre brancos e negros, trocas de conhecimentos, quebra de desconfiança, projeto conjunto de construção de uma sociedade justa, igual, equânime”. Desse modo, a educação das relações étnico-raciais engloba diversos processos educativos através de vivências com outras pessoas.

Ainda hoje lutamos para que as escolas brasileiras possam dar visibilidade à história dos negros de forma que estes consigam transformar a situação de inferioridade que sempre viveram. De acordo com Roseane da Silva Amorim

(2012), as lutas de diversos seguimentos sociais e, conseqüentemente, as mudanças das políticas curriculares a partir dos anos 2000, têm insistido na necessidade de transformação das práticas curriculares. E, nesse sentido, a Lei nº 10.639/2003 aparece como essencial para combater o preconceito no âmbito escolar.

Mais de quinhentos anos depois do Descobrimento, ainda não se conseguiu implantar no Brasil um modelo de educação cidadã e, como vimos, a raiz dos problemas remonta às nossas origens coloniais e à estrutura do poder. Cada vez mais os empresários estão conscientes da necessidade de uma escolaridade que ultrapasse o ensino fundamental, cabendo reconhecer que a educação geral é essencial para todos e que é necessário integrar a educação geral à preparação para o mercado de trabalho. Desse modo, concordamos com a afirmação de Linhares (1992) sobre a necessidade de articular a escola e o mundo do trabalho, embora reconheçamos que isto só será possível com uma transformação social radical.

RECONHECER A MULTICULTURALIDADE E AVANÇAR ATÉ A INTERCULTURALIDADE PARA GARANTIR O DIREITO À EDUCAÇÃO

A importância e a necessidade de uma educação para a multiculturalidade são vistas como um desafio, quicá o mais urgente do início do século XXI. Uma observação que deve ser considerada inicialmente é que o sistema educativo não é uma variável independente de todo o resto, do contexto, como social, econômico, político etc. Muitos estudos já demonstraram, ademais, que a realidade na América Latina vem mudando, pois, desde um certo tempo, as minorias étnicas estão tentando acessar os níveis educativos mais avançados. E essa vontade e determinação puderam ser observadas em conversas nas duas comunidades quando de nossa visita, chamando-nos atenção o empenho e interesse da comunidade Jenipapo-Kanindé para poder alcançar um maior grau de formação pessoal e profissional.

É um esforço quicá como o de Don Alfredo Tabo, intelectual autodidata indígena amazônico, citado por Luiz Enrique Lopez, como autor de uma obra útil e necessária para avançar na concretização da utopia intercultural. Assim como a de Don Alfredo, a continuidade de

nossa pesquisa almeja ecoar as vozes esquecidas de indígenas e negros cheios de vontade de transformar suas realidades.

Atualmente, a educação intercultural necessita ter por base o direito à diferença e à alteridade. E, para isso, é preciso avançar na discussão referente à suposta existência e à possibilidade de construção de um homem comum, único e universal. Como também precisa estar fundamentada na premissa antropológica de que não existe um homem, e sim homens, marcados por diferenças culturais, étnicas e políticas que precisam ser respeitadas e não exterminadas com a imposição de valores etnocêntricos.

Neste contexto, a educação intercultural busca a construção de uma perspectiva pedagógica sustentada em “uma proposta de educação para a alteridade, voltada aos direitos do outro, à igualdade de dignidade e de oportunidades, uma proposta democrática ampla.” (FLEURI, 2003)

De acordo com a posição de Will Kymlicka, as sociedades modernas têm que fazer frente ao desafio do multiculturalismo e explicar o termo multiculturalismo como forma muito diferente de pluralismo cultural.

O referido autor centra sua posição em dois modelos de diversidade cultural: um que surge da incorporação de culturas que estão dentro de um mesmo território (minorias nacionais) e outro que surge da imigração individual e familiar (grupos étnicos).

Consoante Luisa Maraón Vicario, da Universidade de Burgos, o multiculturalismo é considerado “(...) la coexistencia dentro de un mismo territorio estatal de culturas diferentes (...). En este sentido obliga a las democracias a replantearse sus propios fundamentos legitimadores como la igualdad de derechos.” (VICARIO, 2013:82)

Em seu artigo, Luisa faz referência a Rawls (1971), asseverando que a ideia de Kymlicka (1989) – de um entendimento pluralista da sociedade, onde os indivíduos decidem adotar diferentes posturas sobre como viver suas vidas – complementa a teoria daquele autor de que para superar as discrepâncias se deve centrar no conceito de justiça, configurado só em termos de política liberal, mais concretamente em ativar essas políticas, com base na tolerância entre pessoas que tem diferentes valores,

compartilhando um mesmo espaço. Isso influenciou significativamente nos estudos étnicos e de direitos de grupos minoritários. Faz ela referência ainda a Mauffe (2005), ao dizer que os defensores de políticas liberais acreditam que seu liberalismo prevê os elementos necessários e que esses devem ser aceitos sem se questionar as diferenças existentes entre os indivíduos.

Destaque-se que cada uma das duas comunidades em estudo tem seus próprios traços culturais. Daí se pode dizer que são realmente multiculturais, na opinião de Will Kymlicka, pois se trata de dois casos com diferenças nacionais e étnicas.

Imperioso é entender a diferença entre multiculturalismo e interculturalismo. Segundo o autor Aparício Gervás, orientador da dissertação desenvolvida no período 2013/2014 quando iniciamos a investigação:

(...) la diferencia conceptual entre interculturalismo y multiculturalismo radica en que éste tiene un sesgo más positivo y dinámico e implica la aceptación de la cultura minoritaria por la mayoritaria frente aquél. Además, designa la relación entre las diferentes culturas en el seno de una sociedad culturalmente heterogénea. Es decir, mientras que el multiculturalismo se limita a reconocer (positiva o negativamente) la existencia de las culturas vecinas sin plantearse siquiera la relación entre ellas, el interculturalismo intenta dar un paso más allá y exige no sólo la relación, sino la convivencia pacífica basada en el diálogo multidireccional entre las diversas culturas. (Gervás, 2011).

Considerando o conceito de multiculturalismo crítico ou intercultural, teoria presente no atual debate educacional, adotaremos a classificação realizada por McLaren (2000) que se tornou clássica³. Especialmente consideraremos a posição que se filia, do multiculturalismo como crítico e de resistência e o que diz Candau (2008) quando identifica o multiculturalismo interativo, também denominado intercultural, o que, aliás, se acerca da noção do multiculturalismo crítico, antes citado. Deve-se pontuar que essa visão de multiculturalismo “acentua a interculturalidade, porque considera que é a mais adequada para a construção de sociedades, democráticas e inclusivas, que articulem políticas de igualdade com políticas de identidade”. (CANDAU, 2008)

O multiculturalismo crítico e intercultural possui um discurso sedutor, e na perspectiva de comunidades como os indígenas Jenipapo-Kanindé e os quilombolas de Lagoa de Ramos e Goiabeiras, que são minorias e, pois, diferentes, quando se leva em conta toda a população da cidade em que estão inseridas, destacam-se alguns traços que o constroem. Defendemos, também, para se trabalhar nas referidas comunidades, o multiculturalismo de acordo com o que apregoa Moreira (2001), o qual compreende a construção social como resultante da diferença. Uma construção social preparada para o desafio de imposição transcultural onde se põe em prática a ideia de Boaventura de Sousa Santos (1997), da qual partimos.

A abordagem multicultural crítica e intercultural, dos autores a que nos referimos e dos quais somos adeptos, leva-nos a uma amplitude de temas para o campo educacional e, neste contexto, a escola precisa lidar com a pluralidade de culturas, com o reconhecimento dos diferentes sujeitos socioculturais, dando espaço aos mesmos para que manifestem e valorizem as diferenças. Essa escola pode ser vista como parte fundamental de uma educação intercultural, que pode levar a uma sociedade democrática, plural e mais humana.

A EDUCAÇÃO DIFERENCIADA: UMA INTERPRETAÇÃO MAIS AMPLA PARA ATENDER A REALIDADE DE INDÍGENAS E NEGROS DE AQUIRAZ

Vimos que as comunidades de que tratamos são minorias e diferentes. Acreditamos que a inserção delas numa discussão mais ampla sobre o multiculturalismo intercultural é uma forma de repensar a educação aplicada em ambas etnias, a qual se encontra de certa maneira limitada.⁴ Em nosso estudo, restou demonstrado pelas comunidades que o espaço educacional é o mais apropriado para que seus membros abram os olhos para o desconhecido, com a convivência com as diversas culturas em seus entornos. Demonstrou-se, igualmente, em especial por parte dos indígenas, total interesse na criação de cooperativas, o que, segundo os membros da comunidade, poderá resultar em ganhos para a mesma e todo o município de Aquiraz. Assim, utilizando o próprio termo que caracteriza a educação “garantida” aos indígenas

(diferenciada), vislumbramos uma educação que englobe também os quilombolas, valorize os direitos humanos e se volte para a formação de uma cultura empreendedora, favorecendo a criação de cooperativas como uma contribuição para o desenvolvimento local.

Propomos uma maior reflexão sobre o termo educação “diferenciada”, atentando para possibilidades de novas perspectivas a seu respeito. Reitere-se que no termo devem estar inseridas ideias distintas da limitação dada, quando do seu nascedouro, como direito indígena. Deve-se envolver também os afrodescendentes, bem como correlacioná-lo com a necessidade de se trabalhar a cultura empreendedora, abrindo espaço, verbigrácia, para o assunto de formação de cooperativas e para valorização dos Direitos Humanos, acompanhando, em parte, a proposta de Gerson Alves da Silva Júnior (2000), que propunha uma nova ideologia para a definição de educação diferenciada do MEC para os indígenas. Isso sem confrontá-la, pois o que o autor defende está fora da proposta de currículo escolar para as comunidades indígenas. E nossa intenção é ampliar a interpretação do termo com relação às práticas curriculares hoje permitidas e efetivadas, sem tampouco confrontar com a definição dada pelo MEC, mas contribuindo para que se venha a somar, acrescentá-la algo que a torne mais diferenciada.

Diferenciada é um termo, ao nosso olhar, tão amplo, mas ao mesmo tempo de uso limitado, na medida em que aborda somente as comunidades indígenas. Nos dicionários tradicionais de português, não se encontra o termo escolhido para tratar da educação hoje específica dos indígenas. No dicionário <http://www.dicionarioinformal.com.br> encontramos (Por Dicionário inFormal (SP) em 03-10-2013), como significados de diferenciada: 1. Diferente; 2. Célula que sofreu diferenciação. Atendimento diferenciado. Do francês *différencier*, o verbo diferenciar significa fazer ou estabelecer diferença ou distinção entre; tornar ou tornar-se diverso (ex.: *apenas a etnia diferencia aqueles dois povos; as escolas diferenciam-se pela qualidade de educação*). = DISTINGUIR; ou, ainda, perceber ou ver nitidamente (ex.: *não consigo diferenciar seres humanos*). = DISCRIMINAR, DISTINGUIR, RECONHECER. Diferenciada é, por conseguinte, distinta. Para nós uma educação distinta, principalmente quanto à limitação de

seu emprego atual. E o que seria uma educação distinta para os índios e negros do Aquiraz?

Uma educação distinta da que hoje temos na comunidade quilombola de Aquiraz seria uma educação NÃO limitada à mera ilustração com desenhos que remetem à identidade negra africanizada, uma prática que se iniciou ali no ano de 2008, e tampouco ao oferecimento apenas do ciclo primário que, embora tenha passado a funcionar a partir de 2013, em tempo integral, não é suficiente para atender os alunos adolescentes e adultos. E uma transformação na educação da comunidade seria iniciar modalidades orientadas pela própria existência das terras, pensando-se atividades que incentivem os alunos a participarem ativamente do desenvolvimento da comunidade de que fazem parte.

Já uma educação distinta da praticada na Escola Diferenciada seria uma Educação capaz de se integrar com a preparação da mão-de-obra da comunidade para a competitividade exigida com a globalização.

Educação distinta para ambos (indígenas e quilombolas) seria levá-los a conhecer a educação cooperativista, possibilitando que, num futuro próximo, a formação de cooperativas fosse concretizada como uma maneira de lhes dar oportunidade de receber tudo aquilo que lhes é devido.

Explicada a ampliação do termo diferenciada, passamos a utilizar uma nova nomenclatura para representar a educação que de fato alcance todos os membros das comunidades estudadas, usando, daqui por diante, o termo Pluridiferenciada ao tratarmos de uma Educação mais diferenciada, tal como comentado em linhas anteriores.

DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO COOPERATIVISTA EM COMUNIDADES INDÍGENAS E QUILOMBOLAS DE AQUIRAZ

Pudemos verificar que provavelmente sem se aperceberem, ou seja, por natureza, os quilombolas e indígenas de Aquiraz já exercem uma enorme influência no processo de ensino-aprendizagem de seus componentes, através da prática da ajuda na própria família, haja vista que suas próprias histórias remetem a exemplos típicos de cooperação, como é o caso das missões jesuíticas, de mutirões e dos quilombos no

Brasil. Precisam, portanto, de uma formação que os levem a conhecer de fato o que na prática já vivenciam, para que então possam aperfeiçoar tais práticas e seguirem rumo ao desenvolvimento.

Dentre os princípios do Cooperativismo estão incluídas a Educação, Formação e Informação. Talvez seja esses os mais importantes de todos, pois deles dependem os outros. Com o interesse de despertar a atenção das duas comunidades, mas também das pessoas em geral para o mundo da cooperação, partimos da sugestão de que se mantenha um estudo constante desse fenômeno social que abrange todas as ciências e todos os setores da economia.

A educação cooperativista visa a promover a integração social e a participação ativa dos cooperados, ou seja, pretende fazer com que todos os cooperados possam intervir de forma crítica na gestão do empreendimento e no usufruto dos produtos e serviços econômicos e assistenciais oferecidos pela instituição. Segundo Nascimento (2000), a maioria dos problemas enfrentados pelas cooperativas, inclusive financeiros e gerenciais, pode ser resolvida com a maior participação de todos os envolvidos e isto passa pela educação.

No que tange à educação e capacitação cooperativa, José Odelso Schneider traça um paralelo entre formação e educação e as diferencia considerando a formação o conjunto das técnicas e dos ensinamentos destinados às pessoas com o intuito de que desempenhem com maior eficiência e qualidade seu trabalho. E a educação cooperativa, por sua vez, corresponde ao conjunto de ensinamentos que não só proporcionam maior aporte cultural aos envolvidos, mas trabalham valores, princípios e normas. Schneider também chama atenção para o fato de que alguns trabalhadores da área da educação entendem que não se pode reduzir a capacitação a um mero adestramento. (SCHNEIDER, 2010:30-31). Nesse contexto, a qualificação de suas técnicas próprias e/ou a educação cooperativistas vêm a ser opções de transformações para os dois povos em questão.

COOPERATIVISMO: UMA PROPOSTA ECONÔMICA ROMÂNTICA DE MUDANÇA DE VIDA

Relativamente ao fenômeno do cooperativismo, cuidamos aqui de priorizar os

aspectos doutrinários, românticos e utópicos, mas não esqueçamos que, tratando-se de um fenômeno social complexo, e para que não nos resulte deficiente nossa forma de vê-lo, consideraremos alguns aspectos sob o prisma de uma empresa, adequando as duas vertentes à necessidade de ações para transformar a realidade de nosso objeto de estudo.

Considerando o pensamento de Klaes, que defende ser o cooperativismo tão natural que até mesmo os animais compartilham de sentimentos de ajuda mútua, de solidariedade e de cooperação, nos apoderamos desse pensamento porque acreditamos ser uma maneira de despertar sentimentos positivos para o tipo de ações que propomos. Como tratamos com pessoas numa condição muitas vezes inimaginável, em que dizer anima-te pode soar como “piada”, nada melhor do que considerar o exemplo como ensinamento, assim como defendemos dever ser também a educação nas duas comunidades com relação a seus conhecimentos campesinos.

Segundo Klaes (2005):

Manifestações do instinto de ajuda mútua têm-se profundas em toda a natureza e até nos últimos degraus da vasta escala dos seres vivos. Subindo-a paulatinamente, até atingir os animais superiores, encontram-se provas inconcussas de instinto, de hábitos de solidariedade e de apoio recíproco. São clássicos os exemplos da formiga precavida e laboriosa e da abelha ativa, símbolos do espírito de associação, de tenacidade, de trabalho incessante e de inteligência ao serviço de uma causa comum. (...) conforme o exposto, não há dúvida sobre a tendência do homem em buscar sanar as exigências que o meio ambiente lhe impõe, por meio de uma ação grupal, pois, assim é, talvez, mais fácil. Por isso, cooperativismo é um fenômeno que tem acompanhado a evolução do homem desde seus primórdios. (KLAES, 2005: pp. 32-34).

O cooperativismo, enquanto doutrina, teoria, sistema ou movimento associativista de trabalhadores, é um fenômeno moderno oriundo da oposição operária às consequências do liberalismo econômico praticado na Inglaterra e na França do século XVIII e XIX e pode ser entendido como um movimento social que procurou, através da associação, fugir de uma opressão social resultante do capitalismo concorrencial daquela época. Ademais, difundiu-se como uma opção aos excessos oriundos do

liberalismo, mas sem suprimir a propriedade privada almejada pelo socialismo.

Diva Benevides Pinho faz distinção entre cooperativismo e cooperativa, afirmando que não se trata de sinônimos:

Etimologicamente, cooperação (do verbo latino cooperari, de cum e operari – operar juntamente com alguém) significa a prestação de auxílio para um fim comum. E cooperativismo é a doutrina que visa à renovação social através da cooperação. Do ponto de vista sociológico, cooperação é uma forma de integração social e pode ser entendida como ação conjugada em que pessoas se unem, de modo formal ou informal, para alcançar o mesmo objetivo. A cooperação, quando organizada segundo estatutos previamente estabelecidos, dá origem a determinados grupos sociais. Dentre tais grupos as cooperativas representam aqueles que visam, em primeiro lugar, a fins econômicos e educativos. A doutrina que deu base teórica às realizações cooperativistas constitui o cooperativismo. Portanto, cooperação e cooperativismo não são palavras sinônimas. Entretanto, o termo cooperação tem sido geralmente usado como equivalente de cooperativismo. É o que se verifica em Gide, Gaumont, Lavergne, Lasserre, Poison, Broukère, Totomianz, Borea – para citar apenas alguns exemplos – e também autores brasileiros tais como Saturnino Brito, Srandy Raposo, Valdiki Moura e outros; e, embora com menos frequência, como equivalente de cooperativa. (PINHO, 1966, p. 7)

E para que melhor entendamos e assim possamos trabalhar com as comunidades estudadas, dentre as ações a serem trabalhadas, empregamos a definição de cooperativismo no sentido doutrinário, visando à correção do social pelo econômico e pela união entre homens de todos os credos e cores, por intermédio da cooperativa enquanto sociedade de pessoas organizadas em bases democráticas que visam tanto a suprir as necessidades de seus integrantes como também a realizar determinados programas educativos e sociais, com o fim de reduzir o abismo entre as classes sociais.

É possível surgir o cooperativismo como um movimento social produzido por uma época de péssimas condições de vida da classe trabalhadora, o que muito contribuiu para o aparecimento da proposta defendida por defensores do

socialismo utópico como Robert Owen (1771-1858) e Charles Fourier (1772-1837), eles que são apontados na doutrina por Fábio Luz Filho como os principais responsáveis pela difusão do cooperativismo, como hoje é conhecido, de um ideal alternativo ao individualismo que passaria a ser representado pelo cooperativismo e uma organização alternativa à empresa capitalista, conforme o anteriormente exposto.

Quicá o fenômeno do cooperativismo, como defendia o ex-Ministro da Agricultura no Brasil, Roberto Rodrigues, se transforme na grande e poderosa doutrina utilizada na defesa da democracia e da paz, indo, portanto, contra a concentração de renda e a exclusão social, na promoção da igualdade e não discriminação, produzindo, assim, mais felicidade no mundo inteiro.

Durante o desenvolvimento do trabalho, do qual resultou este artigo, foram observadas, máxime na comunidade quilombola de Lagoa de Ramos e Goiabeiras, péssimas condições de vida, o que só veio a somar para que optássemos pela valorização do prisma romântico do tema, pois os problemas surgidos na AQUILARGO (Associação Quilombola de Lagoa de Ramos e Goiabeiras), nos últimos dois anos, tiveram como consequência um grande descrédito por parte da comunidade, o que vem impedindo a harmonia, a disposição e a confiança tão necessárias para unir ideias e ações na busca de conquistas concretas.

Nas palavras da vice-presidente da AQUILARGO, que foi bastante acolhedora com nossa ida àquele povoado, falando sobre as dificuldades que enfrentam com a precariedade da oferta de serviços básicos como saúde, moradia, transporte e principalmente a educação, a qual, de acordo com o entendimento dos membros da comunidade, muito pode melhorar. Impende aqui mencionar que a grande maioria dos alunos deixa escapar em seus pronunciamentos, durante as conversações, a falta de perspectivas de conclusão do ensino fundamental, por exemplo. A vice-presidente nos falava também da necessidade que muitos da comunidade sentem de mudar a situação em que se encontram; daí surgiu o tema cooperativa nas entrevistas, como uma provável alternativa de transformação da realidade, ainda que desconheçam quais os procedimentos para formar uma associação desse tipo, ou provavelmente o que é ou como funciona uma cooperativa.

Vislumbramos a concretização de ações relacionadas com a formação de cooperativas nas comunidades estudadas, com base no posicionamento de Diva Benevides Pinho, ao referir pré-cooperativas, fazendo menção a iniciativas contra as péssimas condições de vida dos trabalhadores, mencionando as primeiras experiências de cooperativas surgidas no final do século XVIII e início do século XIX na Inglaterra, França, Alemanha e em outros países da Europa.

De acordo com a autora, houve alguns êxitos consideráveis. Ela cita como exemplo a Cooperativa de consumo do “Pobros Pioneiros de Rochdale”, a qual teve seu sucesso transformado em símbolo, pois foi a partir dos “Pobros Pioneiros” que os valores (solidariedade, igualdade, fraternidade, democracia, equidade, responsabilidade social, transparência) e os princípios (adesão livre e voluntária, controle democrático pelos sócios, participação econômica dos sócios, autonomia e independência, educação, treinamento e informação, cooperação entre cooperativas, preocupação com a comunidade) foram elaborados e são, até hoje, seguidos.

Assim como Fábio Luz Filho destaca entre muitos outros, Robert Owen e Charles Fourier, como precursores do cooperativismo, Diva Benevides Pinho defende o estudo do economista Charles Gide (1847 – 1942), em que esse conteúdo doutrinário foi sistematizado num programa com base nos consumidores que transformaria a sociedade, eliminaria os conflitos e as injustiças sociais, numa solução pacífica sem expropriação, concepção que passou a ser difundida pelo mundo com a incorporação da Aliança Cooperativa Internacional (ACI). Assim, o atual espírito cooperativista foi influenciado pelos princípios de “Rochdale”, que podem ser sintetizados como o ideário da solidariedade e do apoio mútuo, com que costuma ser conceituado na doutrina, utilizando a máxima “Um por todos e todos por um”, expressão de um dos principais doutrinadores nacionais do cooperativismo, Walmor Franke, que utilizou esse lema para ilustrar a doutrina.

A moral cooperativa, como acentua o Professor Lassere, é, ao mesmo tempo, a autoajuda, a dignidade e o elevado sentimento de se libertar por seu próprio esforço e pela solidariedade, de acordo com o lema: cada um por todos e todos por um. (FRANKE, 1985: p. 12)

Com uma visão mais voltada para a cooperativa como empresa, os autores Ricciardi e Lemos se valem da economia para elaborar um conceito de cooperativismo, e destacam que nesse fenômeno há prevalência do trabalho sobre o capital e, ainda, que não existe obstáculo algum à propriedade privada ou à livre iniciativa; no entanto, o emprego solidário de esforços e recursos gera cooperação.

Para os autores:

O cooperativismo utiliza um método de trabalho conjugado, ao mesmo tempo em que pode ser visto como um sistema econômico peculiar, em que o trabalho comanda o capital. É que as pessoas que se associam cooperativamente são as donas do capital e as proprietárias dos meios de produção (terras, máquinas, equipamentos, instalações e outros), além de serem a própria força de trabalho. Como essa disposição de se associarem tem o objetivo de realizar um empreendimento que venha a prestar serviços mútuos, é óbvio que essa união busca a elevação dos padrões de qualidade de vida dos associados.

(...)

O cooperativismo não apregoa a extinção da propriedade privada nem antepõe empecilhos à iniciativa e às liberdades individuais. Porém, como é uma doutrina econômica que privilegia o social, motiva os indivíduos no sentido de procurarem atender às suas necessidades em solidariedade com os demais. Assim, tudo fica mais fácil, pois em grupo as forças se multiplicam e os resultados alcançados são bem melhores. Em outras palavras, o cooperativismo não condena a riqueza, mas estimula o seu uso em benefício de todos. Respeitando os esforços e méritos individuais, é uma economia racional e inteligente que combate o egoísmo exacerbado e a ambição desmedida. (RICCIARDI; DE LEMOS, 2000, pp. 54/59)

Conforme os referidos autores, das teorias surgidas a partir do capitalismo e do socialismo, nenhuma logrou que na prática se efetivasse a valorização social do ser humano. Para eles, o cooperativismo como se dá rompe a “exploração do homem pelo homem”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conhecendo os indígenas e quilombolas de Aquiraz, verificamos que atualmente estão lutando pelo reconhecimento de seus direitos e pudemos testemunhar o empenho e interesse, particularmente da comunidade Jenipapo-Kanindé, de alcançar um maior grau de formação pessoal e profissional. Porém, embora estejam os dois inclusos no rol dos que devem ser levado em conta para a priorização da educação na agenda do século XXI, a possibilidade de se igualar as oportunidades desses enquanto “marginalizados” parece perder-se de vista.

Fazendo uso do próprio termo que a caracteriza, a educação “garantida” aos indígenas (diferenciada), pudemos vislumbrar a ampliação do mesmo englobando os quilombolas, a valorização dos direitos humanos e um dos princípios do cooperativismo. Passamos a chamar de educação

pluridiferenciada, representando uma maior diferenciação da mesma. Vislumbramos, ainda, o desenvolvimento de ações que visem a qualificar os membros das duas comunidades, para que esses desenvolvam suas habilidades, ou melhor, para que não precisem sair de suas localidades e ali mesmo possam desenvolver atividades que lhes gerem renda suficiente para lhe assegurar uma vida digna.

A história se repete, pois as experiências das comunidades de que trata este artigo evidenciam que os problemas de adaptação à nova cultura, carência de estradas, e escolas e discriminação racial são alguns dos que contribuem, assim como em outras épocas, para a formação de cooperativas, encarregadas de suprirem as necessidades dos que enfrentavam tais problemas.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Roseane Maria de. *O Afrodescendente no Currículo das Escolas Brasileiras: Os Desafios no Passado e no Presente*. IX SEMINÁRIO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS “HISTÓRIA, SOCIEDADE E EDUCAÇÃO NO BRASIL” Universidade Federal da Paraíba – João Pessoa – 31/07 a 03/08/2012 – Anais Eletrônicos – ISBN 978-85-7745-551-5.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL Ministério da Educação/Conselho Nacional de Educação. Parecer CP/CNE 3/2004. Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-brasileira e Africana – Relatório.
- BUENDIA, Hernando Gómez. *Educación: La Agenda del Siglo XXI Hacia un Desarrollo Humano. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo*, PNUD, 1998.
- CAGGIANO, Monica Hermann S. In: A educação: direito fundamental. In RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Direito à Educação: Aspectos constitucionais*. São Paulo: EDUSP, 2009.
- CANDAU, V. M. A diferença está no chão da escola. In *Anais IV Colóquio Luso-brasileiro sobre Questões curriculares e VIII Colóquio sobre Questões Curriculares*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. (2008a).
- CANDAU, V. M. *Direitos humanos, educação e interculturalidade: As tensões entre igualdade e diferença*. Revista Brasileira de Educação, v. 13, n. 37 (2008b).
- Conselho Editorial da Coleção Educação para Todos. Educação antirracista: Caminhos abertos pela Lei Federal nº 10.639/03/Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.
- CECCHETTI, Elcio & POZZER, Adécir (Organizadores). *Educação e diversidade cultural: Tensões, desafios e perspectivas*. Blumenau: Edifurb, 2014.
- COSTA, J.; LIMA, J. *Educação Jesuítica e dualidade social: Um olhar sobre as práticas educativas formais no Brasil Colônia*. Mneme-Revista de Humanidades. UFRN. Caicó (RN), v. 9, n. 24, 2008, pp. 1-9.
- DE JESÚS PAZOS, Ramiro. *Educación y modernidad: Una escuela para la democracia*. Instituto para el Desarrollo de la Democracia Luis Carlos Galán, 1994.
- “DIFERENCIADA”, in *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/diferenciada> [consultado em 19-02-2015].
- FLEURI, Reinaldo Matias. *Interculture and education*. Revista Brasileira de Educação, n. 23, 2003, pp. 16-35.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia*. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- FRANKE, Walmor. A influência rochdaleana na legislação cooperativista brasileira e problemas atuais. In DE ROSE, Marco Túlio (org.). *A interferência estatal nas cooperativas (aspectos constitucionais, tributários, administrativos e societários)*. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- GAWLAK, Albino; e GAWLAK, Fabiane Ratzke. *Cooperativismo: Primeiras lições*. Brasília: SESCOOP, 2004.
- GERVÁS, Jesús M. Aparício. (Dir.). *Interculturalidade, Educación y Plurilingüismo en América Latina*. Madrid: Junta de Castilla y León, 2011.
- GERVÁS, J. M. Aparício e DELGADO, M. Á. Multiculturalidad, Interculturalidad e Intraculturalidad. *Revista E20 Año V-número 9*. 2011.
- GOMEZ, Martha Lucia Orozco. *Interculturalidad, religión y género hacia la tolerancia. Interculturalidad, Educación y plurilingüismo en America Latina*. Madrid: Pirâmide, 2011.
- KLAES, L.S. *Cooperativismo e ensino a distância*. Florianópolis/SC. 2005. (Tese de Doutorado em Engenharia de Produção). UFSC
- KYMLICKA, Will. *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: PAIDÓS, 1996.
- LOPÉZ Luis Enrique (editor). *Interculturalidad, educación y ciudadanía Perspectivas latinoamericanas*. Bolívia: FUNPROEIB Andes, Plural Editores, 2009.
- LOUREIRO, Robson y DELLA FONTE, Sandra Soares. *Educação escolar e o multiculturalismo intercultural: Crítica a partir de Simone de Beauvoir: Pró-Posições*, Campinas, v. 22, n. 33 (66), 2011.

- LUZ FILHO, Fabio. *Teoria e pratica das sociedades cooperativas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Pongetti, 1953.
- MARTINS, Daniel Valerio. *La Interculturalidad: de Castilla y León hacia Latinoamérica. In Identidades en Castilla y León (Algunas claves)*. Salamanca: Diputación de Salamanca, Instituto de las Identidades, 2013.
- _____, Daniel Valerio. *COMUNIDADE INDÍGENA JENIPAPO-KANINDÉ, O processo de aculturação através da Educação Multicultural e Diferenciada utilizada como ferramenta para o desenvolvimento*. Salamanca, 2012.
- MARTINS, Racquel Valério. *Aquiraz-BR: Uma Cidade Multicultural rumo à Interculturalidade. O Caso de Duas Minorias Étnicas. Dissertação (mestrado) – Universidad de Salamanca, Facultad de Ciencias Sociales. Salamanca – ES*. 2014.
- MCLAREN, Peter. *Multiculturalismo crítico*. São Paulo: Cortez, 2000.
- NASCIMENTO, F. R. *Cooperativa como alternativa de mudança: Uma abordagem normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PINHO, D. B. *A doutrina cooperativa nos regimes capitalista e socialista*. 2ª ed. São Paulo: Pioneira, 1966.
- _____. *O pensamento cooperativo e o cooperativismo brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: CNPq, 1982.
- PINHO, D. B. *A doutrina cooperativa nos regimes capitalista e socialista*. 2ª ed. São Paulo: Pioneira, 1966.
- _____. *O pensamento cooperativo e o cooperativismo brasileiro*. 18. São Paulo: CNPq, 1982.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord.); (Orgs.) RIGHETTI, Sabine. *Direito à Educação – Aspectos Constitucionais*. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2009.
- VELLOSO, João Paulo dos Reis; ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti (coordenadores), SOUZA, Paulo Renato... [et al]. *Um Modelo para a Educação no século XXI*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999.
- VICARIO, Luisa Maraño. *Cultura, multiculturalismo e interculturalidad en Castilla y León: Contextualización, evolución y redefinición. In Identidades en Castilla y León (Algunas claves)*. Salamanca: Diputación de Salamanca, Instituto de las Identidades, 2013.
- Castilla y León: Contextualización, evolución y redefinición. *In Identidades en Castilla y León (Algunas claves)*. Salamanca: Diputación de Salamanca, Instituto de las Identidades, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Lua Nova, v. 39, 1997, pp. 105-124.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direitos Humanos: o desafio da interculturalidade*. Revista Direitos Humanos, v. 2, pp. 10-18, .
- SAVIANI, Dermeval. *HISTÓRIA DA HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO NO BRASIL: UM BALANÇO PRÉVIO E NECESSÁRIO*. In: *V Colóquio de Pesquisa sobre Instituições Escolares*, São Paulo: Uninove, 2008.
- Significados de Diferenciada: 1. Diferenciada. Por Dicionário inFormal (SP) em 03-10-2013, <http://www.dicionarioinformal.com.br> [consultado em 26-02-2015].
- SCHENEIDER, José Odelso (coordenador). *Educação e capacitação cooperativa: Os desafios no seu desempenho*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.
- SILVA JÚNIOR, Gerson Alves da. *Educação inclusiva e diferenciada indígena. Psicologia: Ciência e profissão*, v. 20, n. 1, 2000, pp. 40-49.
- SILVA, Sidney Reinaldo. *Direitos humanos e instrução pública segundo Condorcet*. Educação em Revista, Marília, v. 11, n.12, Jan.-Jun. 2010, pp. 1-18.
- TODOS, DECLARAÇÃO MUNDIAL SOBRE EDUCAÇÃO PARA. Jomtien. *In Conferência Mundial sobre Educação para Todos*. 1990.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*. Fortaleza: IBDH/IIDH/SLADI, 2014.
- UNESCO. *Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais*. Paris, 27.nov.1978.
- VICARIO, Luisa Maraño. *Cultura, multiculturalismo e interculturalidad en Castilla y León: contextualización, evolución y redefinición. In Identidades en Castilla y León (Algunas claves)*. Salamanca: Diputación de Salamanca, Instituto de las Identidades, 2013.

NOTAS

1. Condorcet (1743-1794) é um autor ligado à história da instrução pública e da formação do cidadão republicano. (SILVA, 2010).
2. O Artigo 69 do Decreto n. 1.331-A, de 17 de fevereiro de 1854, dispunha: “Não serão admitidos a matrícula, nem poderão frequentar as escolas: os meninos que padecerem moléstias contagiosas; os que não tiverem sido vacinados, e os escravos”.
3. Según McLaren, el multiculturalismo puede ser: 1) conservador (próximo do legado colonialista de supremacia blanca, excluye la noción de frontera, boicotea la educación bilingüe, etc.); 2) humanista liberal (basado en la noción de igualdad natural); 3) liberal de izquierda (esencia liza las diferencias, independientemente de la historia, de la cultura y del poder); e 4) crítico y de resistencia (cuestiona la construcción de la diferencia en el contexto de relaciones culturales y de poder) (MCLAREN, 2000).
4. Na comunidade Lagoa de Ramos e Goiabeiras a escola EEF José Raimundo da Costa, embora os entrevistados tenham se referido a ela como suficiente para a comunidade, destacamos que atende somente a crianças porque se trata de uma escola de ensino fundamental, o equivalente a escola primária. E quando crescerem as crianças, fazer o quê?
E na comunidade Jenipapo-Kanindé, mesmo contemplando o ensino médio (equivalente à secundária), esta termina por deixar sem opção os jovens que concluem, pois as dificuldades se evidenciam, seja na tentativa de ingresso nas universidades, seja na tentativa de ingresso no mercado de trabalho, ou nos dois ao mesmo tempo, como a realidade brasileira obriga.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: CASO CROÁCIA VERSUS SÉRVIA SOBRE A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO PARA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO

.....

Raquel Campo M. Belay

Bacharelada em Direito pela UERJ; Estagiária da Comissão Jurídica Interamericana da OEA.

RESUMO

Trata das acusações de violação da convenção contra o crime de genocídio, feitas mutuamente pela Croácia e pela Sérvia e julgadas pela Corte Internacional de Justiça. Dois precedentes são analisados com vistas a esclarecer a decisão da Corte, assim como os elementos que constituem o crime de genocídio.

Palavras Chave

Genocídio; *actus reus*; *mens rea*; *dolus specialis*; *ius cogens*.

1. INCIDENTES PROCESSUAIS INICIAIS

No dia 3 de fevereiro de 2015, a Corte Internacional de Justiça proferiu a sentença sobre o caso referente à aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (ora designada “Convenção”), encerrando assim a lide que opôs Croácia e Sérvia por 16 anos. Foi, de certo modo, um prolongamento jurídico das rivalidades observadas na Iugoslávia desde a morte de Josip Tito, pois tinha por objeto os crimes ocorridos durante a Guerra da Iugoslávia. Estes, se definidos como atos de genocídio, ensejariam a responsabilidade internacional pela violação da Convenção.

Em 1999, iniciou-se a lide a partir da demanda depositada na CIJ pela recém-formada Croácia contra a República Federal da Iugoslávia (doravante “RFI”) a respeito dos atos cometidos entre 1991 e 1995 no território da ex-república socialista da Iugoslávia. A base de competência alegada para o julgamento foi o artigo IX da Convenção. Em contrapartida, a Sérvia questionou a competência da Corte e

a admissibilidade da demanda como exceções preliminares.

A RFI mudou de nome em 2003 para “Sérvia e Montenegro” e a declaração de independência da República de Montenegro em 2006 suscitou a necessidade de identificação da parte. Frente à rejeição de Montenegro quanto a continuar no processo e à declaração do presidente da Sérvia de que seu país sucederia a Sérvia e Montenegro nos assuntos relacionados à ONU, a CIJ definiu que a Sérvia continuaria a personalidade jurídica internacional da Sérvia e Montenegro e que, portanto, constaria como ré.

A exceção apresentada pela Sérvia de que as demandas baseadas em atos ou omissões anteriores ao dia 27 de abril de 1992 (data na qual a RFI passou a existir como Estado) estavam fora do escopo de competências da CIJ foi considerada como relativa ao mérito e o órgão reconheceu então a sua competência para julgar a causa. Em 2010, a Sérvia ajuizou uma demanda de reconvenção, alegando que a Croácia teria igualmente infringido a Convenção, em relação a fatos cometidos em 1995 na “Republika Srpska Krajina”, estabelecida no final de 1991.

2. FATOS HISTÓRICOS ESSENCIAIS

Em 1980, faleceu o presidente ditatorial da República Socialista Federativa da Iugoslávia (RSFI). Sem os esforços de Josip Tito, que por 45 anos conciliou as pretensões das diversas etnias e manteve o equilíbrio dos poderes regionais, a República Socialista da Iugoslávia estava fadada à fragmentação. A crise econômica e o aumento da expressividade dos grupos nacionalistas agravaram o quadro e, em 1991, a Croácia e a Eslovênia declararam a independência. Seguiram-

nas a Macedônia e a Bósnia-Herzegovina, tendo todos os novos Estados sido admitidos como membros da ONU até 1993. Nesse contexto, a RFI declarou que continuava a personalidade jurídica da RFSI.

A Croácia era então composta por minorias nacionais e étnicas, grande parte próxima à Bósnia-Herzegovina e à Sérvia. Devido à alta concentração de sérvios na Croácia, a sua independência deflagrou um conflito armado entre croatas e sérvios contrários à independência. Em 1991, a armada popular iugoslava (conhecida como "JNA" e supostamente controlada pelo governo sérvio) e as forças sérvias controlavam cerca de um terço do território croata.

O empenho da comunidade internacional para pacificar a região (com o plano Vance e as forças de proteção da ONU, a "FORPRONU") não foi capaz de resolver o conflito. Apenas em 1995, depois de uma série de operações militares, a Croácia conseguiu reaver uma parte substancial do território ocupado. Destaca-se, dentre essas operações, a "Tempestade" para reaver a região da Krajina, na qual haveriam ocorrido as transgressões que serviram de base para o pedido de reconvenção da Sérvia.

3. DIREITO APLICÁVEL: *ACTUS REUS* E *MENS REA*

A CIJ levou em consideração as decisões dos tribunais internacionais, em especial do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia (TPI). Quanto ao genocídio, analisou os seus elementos constitutivos: o *actus reus* – elemento material, para definir se os atos haviam realmente sido perpetrados – e o *mens rea* – elemento moral, para precisar a intenção do réu.

Em relação ao elemento moral, a CIJ frisou a indispensabilidade do *dolus specialis*: só há genocídio quando fica provado que o conjunto de atos teve o objetivo específico de destruir um grupo física ou biologicamente, no todo ou em parte. Esse *dolo* seria inferido a partir de comportamentos individuais, desde que os atos apontassem exclusivamente para o genocídio – os fatos não poderiam levar à dedução de que outro crime qualquer fora cometido. Ademais, destacou-se a relevância de se examinar a zona geográfica ocupada pela parcela do grupo atingida e a sua representatividade em relação à totalidade do povo.

Os magistrados decidiram ainda que o ônus da prova era da Croácia e que, dada a gravidade das alegações, a Corte deveria estar absolutamente convencida de que os atos haviam sido cometidos com *dolo* para que se pudesse defini-los como característicos de genocídio. No entanto, foi negada a força probatória de algumas declarações avançadas pela Croácia devido a detalhes formais.

4. DECISÕES DA CORTE E EXAME QUANTO AO MÉRITO

A Corte determinou que sua competência se limitava às questões ligadas ao genocídio, não podendo se pronunciar sobre outros crimes, mesmo que fossem obrigações *erga omnes*. Quanto ao argumento sérvio de que só atos posteriores a 27 de abril de 1992, dia em que a RFI se obrigou à Convenção, poderiam ser julgados pela Corte, esta constatou que o dispositivo não fixa limites *ratione temporis* à sua competência.

O Tribunal optou por não examinar os incidentes alegados pela Croácia separadamente, mas apenas alguns eventos emblemáticos. Após a apuração dos fatos, a CIJ concluiu que o JNA e as forças sérvias cometeram:

- Diversos assassinatos do grupo protegido na área de Vukovar e seus arredores (elemento material do art. II, a estabelecido) e
- Maus tratos, tortura, violência sexual e estupro em diversas localidades da Eslavônia oriental, ocidental e Dalmácia; atentados graves à integridade física ou mental dos membros do grupo que poderiam contribuir para a sua destruição física ou psicológica (elemento material do art. II, b estabelecido).

Não ficou estabelecido que os croatas foram submetidos a condições de existência que resultariam na sua destruição física, total ou parcial (art. II, c) ou que foram tomadas medidas para impedir os nascimentos no seio do grupo (art. II, d).

No que concerne ao *dolus specialis*, a Corte reputou que os croatas que viviam nas zonas dos ataques constituíam uma parte substancial do grupo. Discutiu-se então a existência de uma linha de conduta que revelaria a intenção das autoridades sérvias de destruir parcialmente essa população.

Com base nas conclusões do TPI, estabeleceu que os atos que constituiriam o

elemento material do genocídio (de acordo com os incisos a e b do art. II da Convenção¹) foram realizados não com a intenção de destruir os croatas, mas de obrigá-los a deixar as áreas disputadas para criar um Estado sérvio etnicamente homogêneo. A intenção de cometer genocídio não era, portanto, a única logicamente deduzível das condutas verificadas.

No que se refere a Vukovar, os ataques e a evacuação dos croatas da região foram considerados como uma resposta à declaração de independência croata, por meio da qual a Sérvia buscou exibir sua capacidade de controle – o genocídio não seria, portanto, a única conclusão a ser tirada dos acontecimentos. Seguindo esse entendimento, os maus tratos praticados em Ovčara foram classificados como uma forma de punição do inimigo, no sentido militar do termo.

Ainda no caso de Vukovar, a CIJ lembrou que nem todos os combatentes croatas capturados pelas forças sérvias foram executados. O número de vítimas croatas foi também tido como pouco expressivo em relação à parte visada da população. De tal fato depreendeu-se que os réus não tentavam exterminar a etnia, visto que muitas situações houve nas quais não se deu a violência que seria esperada caso esse foi o real objetivo sérvio.

Em vista do exposto, a Corte avaliou que o *dolus specialis* não foi provado: os *actus reus* não foram cometidos com a intenção específica de praticar o genocídio. Dessa forma, a demanda da Croácia foi julgada improcedente. Rejeitou-se a possibilidade de responsabilização pelo descumprimento da obrigação de prevenir ou de punir o genocídio ou por cumplicidade quanto a atos dessa natureza. Não houve pronúncia sobre se à RFSI poderiam ser imputados atos anteriores a 27 de abril de 1992 e se, no caso positivo, a Sérvia a haveria sucedido.

Dessa decisão discordaram o Juiz Cançado Trindade e o Juiz *ad hoc* Vukas. No extenso Voto Dissidente do Juiz Cançado Trindade, destaca-se, e.g., a crítica ao tratamento conferido às provas. De fato, quanto à aceitação das evidências, a Corte teria adotado um critério excessivamente restritivo, destoante do consolidado em jurisdições especializadas de Direitos Humanos e tribunais penais internacionais. Ademais, a análise parcial dos fatos teria violado o princípio da humanidade, que, como assinala o Juiz Cançado Trindade,

permeia a Convenção contra o Genocídio (orientada aos seres humanos) e todo o *corpus juris* da proteção da pessoa humana, a abarcar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário, o Direito Internacional dos Refugiados, assim como o Direito Penal Internacional contemporâneo.

O Juiz *ad hoc* Vukas denunciou, por sua vez, que a sentença havia sido dada mais para normalizar as relações entre os países do que para punir os culpados de genocídio. Em relação à operação Storm – objeto da demanda de reconvenção sérvia que analisaremos em seguida – aludiu ao fato de que ela só foi considerada como uma possível violação ao tratado contra o genocídio após a demanda croata.

5. EXAME DA DEMANDA DE RECONVENÇÃO

Em 2010, a Sérvia ajuizou uma demanda de reconvenção, baseada nos ataques da artilharia croata contra cidades da região de Krajina durante a operação Storm, que violariam o art. II da Convenção. A Croácia, por sua vez, negou que tais atos tenham ocorrido. Além disso, ressaltou que se porventura a existência dos mesmos fosse estabelecida, eles não teriam sido orientados para a destruição dos sérvios na Croácia.

A Corte iniciou o julgamento a partir da aferição do *actus reus*. Quanto à morte de civis por bombardeamentos na região de Krajina, levou-se em conta a decisão do TPI, que em primeira instância decidiu que os ataques croatas haviam sido indiscriminados. Em apelação, porém, o entendimento foi modificado e o TPI considerou que os atos não consistiram em violação do referido dispositivo.

Vários atos elencados pelo autor da demanda foram rechaçados, pois não demonstrariam o *actus reus*. Não obstante, o assassinato de sérvios que fugiam em colunas das cidades atacadas e dos que ficaram nas zonas de Krajina protegidas pela ONU foram qualificados como indicativos do elemento material. Da mesma forma, os maus tratos antes e durante a operação teriam violado o art. II, b da Convenção².

Os juízes decidiram que a reunião de Brioni não encerrava o *dolus specialis*: no máximo poder-se-ia dizer que os dirigentes tinham conhecimento de que os ataques levariam à fuga de sérvios e que o desejavam. Além disso,

estimou-se que não foi provada a existência de uma linha de conduta que demonstrasse a intenção de cometer genocídio.

Frente ao exposto, a Corte sentenciou que não houve *dolus specialis* e que, sendo assim, não se poderia declarar que a Convenção havia sido violada. Convém salientar que a importância do elemento subjetivo na aferição do crime do genocídio já havia sido consagrada pela jurisprudência, em especial nos julgamentos dos crimes ocorridos em Ruanda e na Bósnia, que analisaremos a seguir.

6. PRECEDENTES DE GENOCÍDIO: RUANDA E BÓSNIA

O julgamento dos fatos ocorridos em Ruanda no ano de 1994 e na Bósnia durante a Guerra da Iugoslávia criou precedentes que influenciaram a decisão da Corte Internacional de Justiça na lide que opôs a Croácia e a Sérvia, particularmente em relação à aferição do *dolus specialis*.

6.1 RUANDA E O CASO AKAYESU

Após o genocídio levado a cabo em Ruanda, o Conselho de Segurança da ONU editou a resolução 955, pela qual foi criado o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), um tribunal de exceção com o intuito de julgar os responsáveis pelo genocídio. Dentre esses casos, é de especial relevância o que determinou a culpabilidade de Jean-Paul Akayesu, prefeito acusado de violar várias leis de Direito Humanitário Internacional entre 1º de janeiro e 31 de dezembro.

No caso Akayesu, como ficou conhecido, decidiu-se que os atos cometidos pelos Hutus contra os Tutsis foram animados pela vontade de destruir esta etnia e o réu foi condenado por diversas violações, em especial o genocídio. No curso da ação, gerou-se um precedente essencial para as questões posteriormente suscitadas por crimes de genocídio, quanto à aferição do elemento subjetivo. Nas palavras do Juiz do caso *Croácia v. Sérvia*, Cançado Trindade:

intent is a mental factor which is difficult, even impossible to determine”, and it held that “in the absence of a confession from the accused”, intent may be inferred from the following factors: a) “general context of the perpetration” of grave breaches “systematically” against the “same group”;

b) “scale of atrocities committed”; c) “general nature” of the atrocities committed “in a region or a country”; d) “the fact of deliberately and systematically targeting victims on account of their membership of a particular group, while excluding the members of other groups”; e) “the general political doctrine which gave rise to the acts”; f) grave breaches committed against members of a group specifically because they belong to that group; g) “the repetition of destructive and discriminatory acts”; and h) the perpetration of acts which violate, or which “the perpetrators themselves consider to violate the very foundation of the group”, committed as part of “the same pattern of conduct”³.

6.2 O CASO BÓSNIO

O caso da Bósnia está intimamente ligado ao da Croácia: ambos foram julgados pela Corte, envolveram a interpretação e aplicação da Convenção e tinham a RFI (e posteriormente a Sérvia) no pólo passivo. Em 1993 a Bósnia ajuizou uma demanda em face da Sérvia, baseada nas violações que esta teria cometido ao dispositivo mencionado durante os conflitos na região dos Bálcãs – aludia, sobretudo, aos crimes perpetrados contra muçulmanos bósnios pelos sérvios.

Na sentença foi acordado que, a partir do momento em que o objetivo militar passou a ser a tomada da cidade, foi cometido um genocídio em Srebrenica. Mais uma vez se apoiando nas conclusões do TPI, a Corte decidiu que a partir daquele momento preciso se constituiu o *dolus specialis*, havia a intenção de destruir parcialmente os muçulmanos da Bósnia.

Segundo os Juízes, a Sérvia descumpriu igualmente a obrigação de meio imposta pela Convenção, de atuar para impossibilitar o genocídio e, como o genocídio não foi praticado no seu território, tinha o dever de prender os acusados de genocídio que estivessem dentro de suas fronteiras – deveria ter colaborado com o TPI.

Não foi considerado que a indenização seria uma reparação adequada. Como sanção, a Sérvia teve que anexar uma declaração à sentença, na qual reconhecia que havia faltado ao dever de prevenir o crime de genocídio, de acordo com a Convenção. Além disso, deveria transferir ao TPI pessoas acusadas de genocídio, em especial o general Mladić.

7. A INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE INTENCIONALIDADE NO CASO: O *DOLUS SPECIALIS* E O *IUS COGENS*

De acordo com o rol do caso *Akayesu*, a intenção não está subordinada a uma confissão do réu, podendo ser inferida a partir de elementos fáticos. Entende-se que esse elenco teve por finalidade aumentar a eficácia das normas a respeito do genocídio. No entanto, a CIJ ao julgar o caso não interpretou os eventos como um todo, mas separou os episódios tidos pela Croácia como mais expressivos para com base neles verificar se houve *dolus specialis* por parte da Sérvia.

Embora a escolha da CIJ seja compreensível, por uma questão de celeridade e economia processual, ela pode ter influenciado a decisão do mérito. A análise dos fatos isoladamente dificulta a comprovação do dolo específico, dado que a intenção de cometer genocídio pode ser confundida com outros crimes, como a limpeza étnica. Por conseguinte, se os juízes tivessem analisado o quadro geral, haveria uma maior probabilidade de se ver caracterizado o genocídio.

No caso, o ônus da prova na acusação contra a Sérvia pertencia à Croácia. No entanto, esse pode ser considerado excessivo, por requerer que a intenção de cometer genocídio seja a única inferência possível, quando falha em analisar o panorama global. Nesse contexto, a crítica do Juiz Cançado Trindade, em seu contundente Voto Dissidente, deve ser citada: a interpretação restritiva da Convenção contra o Genocídio (orientada às vítimas) vem com um alto risco, tornando-a letra morta e propiciando uma situação de impunidade. O Juiz Cançado Trindade – em sua forte crítica da decisão restritiva da Corte – ressalta a importância dos princípios gerais do direito, a exemplo do princípio de humanidade, que conferem uma inelutável dimensão axiológica ao ordenamento jurídico internacional.

Sustenta-se, desse modo, a interpretação *lato sensu* da Convenção contra o Genocídio. A intensidade do crime que ela encerra reclama que os interesses da humanidade tenham também relevância quando confrontados com os do Estado demandado. Não se deve perder de vista que o genocídio é *crime of crime*⁴; de acordo com o Estatuto de Roma, uma das transgressões mais sérias das quais cuida a comunidade internacional.

A vedação ao genocídio é, ainda, *ius cogens*, norma imperativa devido à gravidade do crime, não precisa estar positivada para que esse se configure. Além disso, o genocídio é *mala in se* – uma ofensa *per se* – e por essa razão é universalmente condenado e obriga os Estados a puni-lo⁵. Rafael Nieto-Navia, antigo Juiz das Cortes de Apelação para o TPI e o TPR, explica a relação entre genocídio e *ius cogens*:

These laws develop or are created not by an international legislator or sovereign, but very generally through the consensus of States which have recognized that certain “values” amount to valid legal norms which must be respected as between States. [...] These principles are those from which it is accepted that no State may derogate by way of treaty. As a result they are generally interpreted as restricting the freedom of States to contract while “voiding” treaties whose object conflicts with norms which have been identified as peremptory.⁶

8. A DEMANDA DE RECONVENÇÃO

A decisão da CIJ de não acolher a demanda de reconvenção da Sérvia foi acertada. Com efeito, quando da independência da Croácia, a RSI invadiu o seu território, para dar apoio aos croatas de origem sérvia que se sentiram ameaçados pela promulgação da nova Constituição, que os reduziu a cidadão de segunda classe. Devido à desmilitarização que a RSI promovera na Croácia, a resistência daqueles que defendiam a independência não durou muito e logo cerca de um terço do território croata estava ocupado por forças sérvias.

Sem embargo, desde 1928 o pacto de Briand-Kellogg tornara a ocupação um modo ilícito de aquisição derivada do território. Como resultado, a presença das forças sérvias em território croata gerava para a Croácia um direito de legítima defesa (partindo-se do pressuposto de que a Croácia já era considerada um Estado formado e legítimo).

Assim, embora violenta, a operação *Storm* não pode ser considerada ilegal. A intenção do Estado croata era precipuamente de reaver seu território ocupado. Conquanto não seja possível afirmar que se buscou praticar o genocídio dos croatas de origem sérvia, o termo limpeza étnica é apropriado, uma vez que a tentativa de retomar a posse da área foi combinada com a de “limpá-la” de todos os que não eram croatas.

9. A RESPONSABILIZAÇÃO POR OMISSÃO

O artigo I da Convenção, quando trata da prevenção do genocídio, não é um mero preâmbulo, mas já possui caráter normativo. Com efeito, daí decorre uma obrigação distinta da dos artigos subsequentes, visto que o tratado é guiado pelo princípio da humanidade. Consequentemente, pode haver responsabilização pela omissão estatal.

Assim, a Sérvia foi considerada culpada de violar a Convenção por haver praticado genocídio na modalidade omissiva quanto aos massacres que ocorreram em Srebrenica, no caso ajuizado pela Bósnia. Nesse sentido, uma frase do julgamento de Akayesu é marcante: "The offender is culpable because he knew or should have known that the act committed would destroy, in whole or in part, a group."

No caso em questão, a propaganda estatal, o conhecimento da atuação dos grupos paramilitares pelos governantes sérvios, o plano de criar a Grande Sérvia e o encobrimento dos crimes perpetrados pelo próprio governo sérvio demonstram que este não só tinha total conhecimento dos ilícitos que estavam sendo praticados, como também falhou na sua obrigação de impedi-los. Logo, poderia ter sido admitida a tese de que foi cometido um genocídio por omissão em relação aos croatas, como ocorreu no caso Bósnia v. Sérvia.

10. CONCLUSÃO

Em 1941, Hitler estabeleceu o Estado independente da Croácia e criou as *Ustashes* com o objetivo de remover sérvios, ciganos e judeus do território croata. Paralelamente, os sérvios da guerrilha nacionalista *Chetnik* também usavam métodos genocidas, mas para "limpar" o leste da Bósnia dos muçulmanos e criar uma Sérvia "homogênea".⁸

Isso confirma que, apesar de atualmente se sustentar que o conflito entre sérvios e croatas tem origens remotas, até a Segunda Guerra

Mundial essas etnias dos Bálcãs coabitavam pacificamente. Havia, inclusive, certa união, fomentada pela necessidade de se combater as potências estrangeiras – como Itália, Áustria e Hungria – que tentavam dominar a região.⁹

As tensões nacionalistas despertadas por Hitler foram intensificadas com o fim do regime soviético. Ademais, as crises do petróleo impactaram na economia do país, que contratou empréstimos junto ao Fundo Monetário Internacional, com a condição de que fossem implementados programas de austeridade. Por outro lado, o final da Guerra Fria significou a redução do apoio econômico dos EUA, posto que a zona não mais representava um ponto geoestratégico de resistência às pretensões da União Soviética.

À luz do exposto, a decisão da CIJ pode ser entendida como uma decisão política, que buscou apaziguar os ânimos e abrir caminho para a restauração da estabilidade entre as etnias. Mesmo que o *Draft Articles* de 2001 da ONU sobre a responsabilidade internacional determine que "a genocide cannot justify a counter-genocide"¹⁰, os juízes constataram que os genocídios dos *Chetniks* e *Ustashes* influenciaram os crimes contra as diversas etnias nos Bálcãs a partir de 1991.

Deve-se reconhecer, portanto, o valor da sentença dada pela CIJ. Com efeito, ela teve o condão de dar publicidade aos crimes perpetrados durante a Guerra, uma forma de reconhecimento do que ocorreu. Igualmente, não se negou que houve genocídio, mas apenas se precisou que ele não foi provado.

Infelizmente, a tentativa da Corte de aproveitar a discussão para aproximar os dois Estados não teve sucesso. Os julgamentos foram usados como manobras políticas pelos governos da Sérvia e da Croácia e a imprensa de cada um desses países deixou de noticiar os crimes pelos quais haveria sido responsável, de modo que não houve uma real discussão a respeito da responsabilidade nos massacres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANÇADO TRINDADE. *Voto Dissidente do Juiz Cançado Trindade*, par. 128. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18432.pdf>>. Acesso em: 30 de junho de 2015.
- CONVENÇÃO para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio. 1951. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>>. Acesso em: 8 set. 2015.
- DENICH, Bette. *Dismembering Yugoslavia: nationalist ideologies and the symbolic revival of genocide*. Disponível em: <<http://ocean.sci-hub.bz/ae1a3e1bbafbecb3c47352665cc2a3eb/denich1994.pdf>>. Acesso em: 30 de junho de 2015.
- DRAFT articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. 2001. p. 56, par. 4. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2015.
- MIRKOVIC, Damir. *Ethnic Conflict and Genocide: Reflections on Ethnic Cleansing in the Former Yugoslavia*. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 548. The Holocaust: Remembering for the Future, pp. 191-199, 1996. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1048552>. Acesso em: 28 de junho de 2015.
- NIETO-NAVIA, Rafael. *International peremptory norms (jus cogens) and international humanitarian law*. 2001. Disponível em: <www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf> Acesso em: 28 de junho de 2015.
- QUIGLEY, John. *The genocide convention: an international law analysis*. Ashgate Publishing Limited, 2006.
- SCHABAS, William. *Genocide in international law: The crime of crimes*. 2ª ed. New York: Cambridge University Press, 2009.

NOTAS

1. Art. II - Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:
(a) assassinato de membros do grupo;
(b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
(c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;
(d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
(e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo. Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio. 1951. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>>. Acesso em: 8 set. 2015.
2. Art. II - Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:
(b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo. *Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio*. 1951. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>>. Acesso em: 8 set. 2015.
3. “A intenção é um fator mental que é difícil, até impossível de se determinar”, e ele [Tribunal Internacional Penal para o Ruanda] manteve que, “na ausência de uma confissão do acusado”, a intenção poderia ser aferida dos seguintes fatores: a) “contexto geral de cometimento” de graves violações “sistematicamente” contra o “mesmo grupo”; b) “escala das atrocidades cometidas”; c) “natureza geral” das atrocidades cometidas “em uma região ou um país”; d) “o fato de deliberada e sistematicamente ter como alvo vítimas que pertenciam a um grupo em particular, enquanto excluindo os membros de outros grupos”; e) “a doutrina política geral que deu início aos atos”; f) graves violações cometidas contra membros de um grupo especificamente porque eles pertencem àquele grupo; g) “a repetição de atos destrutivos e discriminatórios”; e h) o cometimento de atos que violam, ou que “os próprios autores consideram que violam a própria base do grupo”, cometidos como parte do “mesmo padrão de conduta”. (Tradução livre). *Voto Dissidente do Juiz Cançado Trindade*, par. 128. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18432.pdf>>. Acesso em 30 de junho de 2015.
4. SCHABAS, William. *Genocide in international law: The crime of crimes*. 2ª ed. New York: Cambridge University Press, 2009.
5. MIRKOVIC, Damir. *Ethnic Conflict and Genocide: Reflections on Ethnic Cleansing in the Former Yugoslavia*. Annals of the American Academy of Political and Social Science, v. 548. The Holocaust: Remembering for the Future, pp. 191-199, 1996. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1048552>. Acesso em: 28 de junho de 2015.
6. “Essas leis se desenvolvem ou são criadas não por um legislador ou soberano internacional, mas geralmente através do consenso dos Estados que reconheceram que alguns “valores” equivalem a normas legais válidas que devem ser respeitadas entre os Estados. [...] A partir desses princípios aceita-se que nenhum Estado pode derogar por meio de tratado. Como resultado, eles são geralmente interpretados como restrições à liberdade dos Estados de contratar enquanto “esvaziando” tratados cujo objeto conflite com normas que foram identificadas como peremptórias.” (Tradução livre). NIETO-NAVIA, Rafael. *International peremptory norms (jus cogens) and international humanitarian law*. 2001. Disponível em: <www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf> Acesso em: 28 de junho de 2015.
7. “O ofensor é culpado porque ele sabia ou deveria saber que o ato cometido destruiria, total ou parcialmente, um grupo.” (Tradução livre). QUIGLEY, John. *The genocide convention: an international law analysis*. Ashgate Publishing Limited, 2006.
8. MIRKOVIC, Damir. *Ethnic Conflict and Genocide: Reflections on Ethnic Cleansing in the Former Yugoslavia*. Annals of the American Academy of Political and Social Science, v. 548. The Holocaust: Remembering for the Future, pp. 191-199, 1996. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1048552>. Acesso em 28 de junho de 2015.

9. DENICH, Bette. *Dismembering Yugoslavia: nationalist ideologies and the symbolic revival of genocide*. Disponível em: <<http://ocean.sci-hub.bz/ae1a3e1bbafbecb3c47352665cc2a3eb/denich1994.pdf>>. Acesso em: 30 de junho de 2015.
10. "Um genocídio não pode justificar um contra genocídio". (Tradução livre). *Draft articles on*

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. 2001. p. 56, par. 4. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2015.

O DOMÍNIO DOS POVOS INDÍGENAS DO NOVO MUNDO SEGUNDO A CONCEPÇÃO DA ESCOLA IBÉRICA DA PAZ (SÉCULOS XVI E XVII)

.....
Sílvia Maria da Silveira Loureiro

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; 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 Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental – PPGDA e do Curso de Graduação em Direito da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas.

RESUMO

O presente artigo visa a demonstrar a fundamentação teórica que os autores da Escola Ibérica da Paz utilizaram, através do emprego do amplo conceito e acepções de *domínio*, para defender o reconhecimento da legitimidade do poder político e de jurisdição dos chefes ou principais indígenas sobre suas gentes, assim como do direito de propriedade dos povos indígenas do Novo Mundo sobre suas terras e bens.

Para que se compreenda sem ambiguidades e anacronismos as teses defendidas pelos teólogos e juristas da Escola Ibérica da Paz sobre o domínio dos Povos do Novo Mundo, será empreendida, primeiramente, a recuperação do quadro escolástico da divisão do Direito, a fim de se estabelecer a posição do direito natural e do direito das gentes neste esquema de pensamento. Em seguida, serão examinadas as várias acepções da palavra domínio. Somente após estas premissas será possível a análise das teses defendidas pelos pensadores da Escola Ibérica da Paz em favor do reconhecimento do domínio dos povos ameríndios.

Palavras Chave

Escola Ibérica da Paz; direito natural; direito das gentes; domínio; povos indígenas.

INTRODUÇÃO

Tomando em conta o vívido intercâmbio entre as Universidades ibéricas dos séculos XVI e XVII, o Professor Dr. Pedro Calafate cunhou o termo “Escola Ibérica da Paz” (ou

“Escola Peninsular da Paz”), no âmbito do projeto de pesquisa “*Corpus Lusitanorum de Pace*: a contribuição de Portugal para a Escola Peninsular da Paz (séculos XVI e XVII)”¹. Destas intensas trocas universitárias emergiu, para além da unidade do estilo escolástico, uma forte coesão intelectual e doutrinária acerca da interpretação de fontes de domínio comum da cristandade ocidental, utilizadas para responder às questões postas sobre temas candentes daquela época. Dentre as questões postas então na ordem do dia estava o processo colonial dos Impérios ultramarinos em marcha na América e as suas consequências para as gentes que viviam naquelas terras antes da chegada dos espanhóis e portugueses.²

Muitos dos autores da Escola Ibérica da Paz eram teólogos catedráticos das grandes universidades ibéricas dos séculos XVI e XVII, tais como, Salamanca, Valladolid, Alcalá, Coimbra e Évora; outros tantos eram missionários, egressos destes grandes centros universitários, que levavam consigo, para o Novo Mundo, as ideias democráticas e humanistas disseminadas nestes grandes centros intelectuais do coração da cristandade, as quais acabaram por colocar em causa os fundamentos éticos, políticos e jurídicos do processo de conquista e colonização conduzido na América pelas Coroas de Espanha e Portugal.

Dentre os temas colocados em debate por estes pensadores ibéricos renascentistas estavam o questionamento dos títulos jurídicos que legitimavam a perda do poder político e de jurisdição dos chefes ou principais indígenas sobre suas gentes, assim como da usurpação do

direito de propriedade dos povos indígenas do Novo Mundo sobre suas terras e bens, os quais serão o objeto de análise do presente artigo³, através do estudo da fundamentação teórica que os autores da Escola Ibérica da Paz utilizaram para defesa do domínio indígena.

Para que se possa compreender sem ambiguidades e anacronismos as teses defendidas pelos autores da Escola Ibérica da Paz em favor do domínio dos povos indígenas do novo mundo, é essencial assimilar, previamente, o pressuposto filosófico que embasa suas argumentações. Segundo BarciaTrelles, o paganismo e o cristianismo aceitavam como indiscutível a pré-existência de duas épocas fundamentais na história do mundo. Para tradição patrística, perfilada por São Tomás de Aquino e assimilada pelos teólogos ibéricos em estudo⁴, na idade da inocência (ou idade de ouro para a filosofia pagã) os homens eram livres e as coisas eram comuns a todos. Em seguida, após a queda de Adão expulso do Paraíso em razão do pecado original, inicia-se a idade do pecado (ou idade do ferro para a filosofia pagã), na qual são introduzidas as instituições da escravidão e da propriedade privada.

Esta concepção dúplice, ainda de acordo com Trelles, exerceu grande influência sobre o conceito prático do que seria o direito natural e o direito das gentes, pois enquanto o direito natural era identificado com a idade da inocência, o direito das gentes teria sido introduzido pelos homens na idade do pecado, modificando o conteúdo do direito natural.⁵

Assim, por serem estes autores teólogos cristãos, não é de se espantar que muitas das respostas formuladas pelos escolásticos ibéricos quanto às dúvidas sobre a legitimidade do domínio das gentes do Novo Mundo, fundadas na aplicação do direito natural e do direito das gentes, partam desse pressuposto filosófico, revelando-se uma teoria democrática e humanista capaz de defender a convivência e o respeito entre povos de coordenadas culturais e religiosas tão diferentes, como eram os ameríndios e os europeus, mesmo dentro de um esquema doutrinário rígido que pregava a salvação apenas pela via da conversão à fé cristã.

Como isso era possível? Responder a esta pergunta é a proposta de estudo do presente trabalho que se articulará em três seções principais. Na primeira, será examinado o quadro geral da divisão do Direito para a Escola

Ibérica da Paz, visando identificar a posição do direito natural e das gentes neste sistema jurídico. Na seguinte, serão tratadas em que acepções era utilizado o termo domínio quando os autores escolásticos ibéricos disputavam sobre a dúvida indiana. Por fim, a partir de textos selecionados, serão demonstradas as teses de defesa e fundamentação do direito de domínio dos povos indígenas do Novo Mundo.

1. O QUADRO GERAL DA DIVISÃO ESCOLÁSTICA DO DIREITO: OS POVOS INDÍGENAS ENTRE O DIREITO NATURAL E O DIREITO DAS GENTES

Na *Relectio* sobre os índios (1538-1539), Francisco de Vitória, diante da dúvida de consciência levantada pela conquista e colonização do Novo Mundo em pleno curso naquele momento, explicita as razões da perspectiva jusnaturalista ser a melhor para resolver as questões em disputa e afasta a crítica de que o tema das Índias não deveria ser tratado por teólogos, dizendo:

(...) a determinação nessa matéria não pertence aos juriconsultos ou, pelo menos, não somente a eles. Os índios não estão sujeitos, como direi em seguida, ao direito humano ou positivo; suas coisas não hão de ser examinadas pelas leis humanas, senão pelas divinas e naturais, nas quais os juristas não são suficientemente peritos para poder, por si mesmos, resolver estas questões. Como são coisas que pertencem ao foro da consciência, a decisão sobre isto concerne aos sacerdotes, quer dizer, à Igreja. (Tradução livre)⁶

Tomando esse excerto de Francisco de Vitória como ponto de partida para a compreensão do conjunto de respostas dadas à dúvida indiana produzido pela Escola Ibérica da Paz, mostra-se de extrema importância o entendimento do conceito de direito natural, aliado à definição de seu posicionamento no quadro geral da divisão escolástica do Direito e a sua relação com o direito das gentes.

É possível identificar nos autores da Escola Ibérica da Paz um quadro geral da divisão escolástica do Direito, resultante do cultivo de uma longa e sólida tradição de fontes Greco-romanas e medievais, mas que segue as linhas mestras da doutrina de São Tomás de Aquino

constante no Tratado das Leis da *Suma Teológica*⁷.

Segundo a concepção tomista do Direito, Deus está na origem e é a causa de todas as leis. Estas, por sua vez, ensinam ao homem a buscar um fim tanto no plano natural (o governo dos homens e das comunidades perfeitas), quanto no plano sobrenatural (a bem-aventurança e a salvação cristã). Trata-se de uma concepção escalonada do direito, a qual tem como ápice a lei eterna, que é a lei de regência do universo pela razão e providência divinas.⁸ Em um segundo escalonamento a lei eterna, que passa a denominar-se lei divina apenas para diferenciarse nominalmente da anterior, desdobra-se em positiva e natural. A lei divina positiva é a intervenção direta da vontade de Deus na História do homem, para que este cumpra a finalidade sobrenatural da salvação, através da observância, em cada momento histórico, da lei antiga (o Antigo Testamento) e da lei nova (o Novo Testamento).⁹ No mesmo plano, a lei natural, que é também divina, é a “participação da lei eterna na criatura racional”, ou, em outras palavras, é a impressão da luz de Deus no coração dos homens, que são criaturas racionais e livres, capazes de distinguir entre o bem e o mal.¹⁰ Em um terceiro escalonamento estão as leis humanas positivas, que provêm da razão e vontade humanas, mas para serem legítimas devem derivar-se da lei natural. As leis humanas, por sua vez, desdobram-se em direito das gentes e direito civil, seguindo a divisão de Santo Isidoro de Sevilha.¹¹

De forma bastante simplificada, apenas para introdução do tema, é possível identificar nos autores da Escola Ibérica da Paz um quadro geral da divisão escolástica do Direito que segue as citadas linhas mestras de São Tomás de Aquino. Neste quadro pressupõe-se a existência de um direito divino e outro humano. O direito divino, por sua vez, é duplo: natural e positivo. Já o direito humano, que é todo positivo, subdivide-se em direito civil e das gentes¹², sem desvencilhar estes últimos, contudo, de sua fundamentação no direito divino natural.

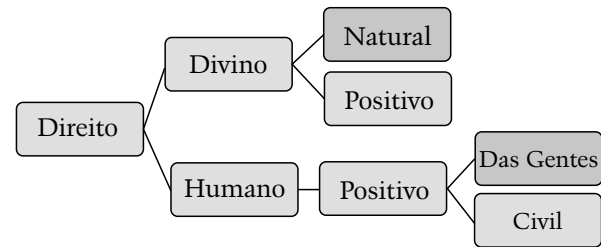


Diagrama 1: Quadro Geral da Divisão Escolástica do Direito

Deve-se referir que a tradição tomista guarda uma longa discussão sobre a relação (mais estreita ou mais afrouxada) entre o direito das gentes e o direito natural que prosseguiram no seio da Escola Ibérica da Paz. No entanto, na linha do tempo que separa o magistério de Francisco de Vitória, em meados do século XVI em Salamanca, e de Francisco Suárez, no início do século XVII em Coimbra, houve um aprofundamento no sentido de identificar, com maior precisão, o lugar de cada um destes braços do Direito, aproximando mais o direito das gentes ao direito humano positivo. Para o presente estudo esta discussão é importante, mas não essencial, pois é certo que para os autores ibéricos as questões indígenas eram postas entre o direito natural e o direito das gentes, e este sempre estava, de alguma forma, embasado naquele.¹³

Assim como Francisco de Vitória, os pensadores da Escola Ibérica da Paz refletiam sobre a dúvida indiana segundo a perspectiva do direito divino natural, equiparando as soberanias ameríndias e europeias em função de algo que acreditavam ser comum aos dois mundos: a natureza racional e social do homem. Por isso afastaram do debate as diferenças de costumes e leis positivas que, inegavelmente, havia entre ambos os povos, denominada pela tradição dos juristas de direito civil. Por conseguinte, o direito das gentes, ligado em maior ou menor medida ao direito divino natural, deveria ser aplicado nas relações entre os reinos cristãos e os povos do Novo Mundo. Neste plano de igualdade jurídica, tudo aquilo que era válido do ponto de vista do direito natural e das gentes para os reinos cristãos, deveria ser aplicado aos povos do Novo Mundo, esperando-se o mesmo destes em relação aos reinos cristãos.

É importante sublinhar também que, embora o direito divino natural tenha Deus por autor, este não se confunde com a lei do Velho e do Novo Testamento, isto é, com o direito divino positivo. Desta distinção decorre que, ao reconhecerem os direitos à liberdade, igualdade e domínio aos povos do Novo Mundo no plano do direito divino natural, o gozo destes direitos não dependia do estado de fé, graça ou caridade daquelas gentes, mas sim da sua condição de homens dotados de almas racionais e inclinados à sociabilidade por natureza, membros de uma comunidade política e parte do gênero humano.

Portanto, no quadro da divisão escolástica do direito, é plenamente compreensível o motivo por que os teólogos reivindicavam para si a solução da dúvida indiana, afinal, estes, e não os juristas versados no direito positivo humano, eram os mais habilitados a resolvê-la, com fundamento no direito divino natural e no direito das gentes, como disse Francisco de Vitória no Prólogo de sua lição magnas sobre os índios cujo excerto foi inicialmente transcrito.

2. AS ACEPÇÕES DE DOMÍNIO PARA A ESCOLA IBÉRICA DA PAZ

Nesse passo, é necessário esclarecer, de antemão, que os autores da Escola Ibérica da Paz utilizavam a palavra *domínio* em diferentes acepções ético-jurídicas, legadas por São Tomás de Aquino. Assim, o domínio pode ser exercido por um homem sobre outro homem, ou por um homem sobre as coisas exteriores. No primeiro caso, a palavra *domínio* pode ser utilizada no sentido de *poder político*, *governo civil*, *jurisdição* ou *autoridade* exercidos por um homem sobre outro homem livre. Ainda no primeiro caso, a palavra *domínio* pode estar relacionada com a *servidão* ou *escravidão* de um homem sobre outro servo ou cativo. No segundo caso, o domínio pode ser empregado no sentido de *propriedade privada* exercida pelo homem sobre as coisas exteriores.¹⁴

Retornando à alegoria cristã exposta na introdução deste artigo, que explicava a modificação do direito natural pela queda do Homem, a doutrina sobre a propriedade, colhida na obra tomista, afirma que no estado de inocência todas as coisas eram comuns e a posse dos bens era de direito natural. Porém, seguiu-se que a divisão e apropriação dos bens foi introduzida pelo direito das gentes e, desde então,

a propriedade privada se legitimaria apenas com a destinação comum das coisas em proveito de todos e da partilha com os necessitados.

Bartolomeu de las Casas explica que o domínio de propriedade era, na origem, de direito natural, mas foi modificado pelo direito das gentes; enquanto o domínio de jurisdição é de direito humano positivo, embora, como será visto a seguir, o poder político tenha origem divina decorrente da natural sociabilidade humana.

Deus criou todas as coisas para serviço de todos os homens que vivem sobre a terra. Logo, por concessão divina todos os homens tiveram direito a apropriar-se das coisas por meio da ocupação, pois, ao princípio, todas eram comuns [...]. Portanto, os reis e imperadores não têm poder fundado sobre as fazendas dos particulares nem sobre a posse dos seus territórios [...] e não importa que os reis digam que o reino é seu, pois tal deve entender-se unicamente no que se refere à jurisdição e protecção do reino.¹⁵

Para exemplificar as acepções *supra* referidas sobre o domínio dos indígenas nos sentidos de jurisdição e propriedade, cite-se o excerto de Luis de Molina:

Não há nada que se oponha a que as nações infiéis tenham verdadeiros reis que sobre elas exerçam o seu domínio, assim como os demais poderes populares legítimos. Digase o mesmo da licitude do domínio dos infiéis sobre as coisas que possuem como próprias enquanto pessoas particulares. Portanto, tanto o domínio de jurisdição como o de propriedade são comuns a todo o gênero humano e o seu fundamento não é a fé nem a caridade.¹⁶

Portanto, para a Escola Ibérica da Paz tanto a discussão sobre o *dominium jurisdictionis et auctoritatis* dos povos ameríndios, quanto aquela sobre o *dominium proprietatis* de suas terras e bens, eram desenvolvidas na esfera do direito divino natural e do direito humano (civil ou das gentes), sem subordinar a aquisição ou perda do domínio ao estado de graça ou à fé, ou à caridade, isto é, a titularidade do domínio, em ambas acepções, não dependiam da condição de infidelidade e nem do estado de pecado mortal em que se encontravam os homens e as comunidades dos índios.

3. O RECONHECIMENTO DO DOMÍNIO DOS POVOS INDÍGENAS DO NOVO MUNDO: FUNDAMENTOS DE UMA DOCTRINA DEMOCRÁTICA E HUMANISTA

Esta seção reserva-se à exposição de uma breve seleção de textos dos autores da Escola Ibérica da Paz, transcritos e traduzidos pelo projeto *Corpus Lusitanorum de Pace*, dando-se preferência aos textos sobre a defesa do domínio dos povos indígenas do Novo Mundo, visando demonstrar seus pressupostos teóricos.

O estudo dos textos da Escola Ibérica da Paz está calcado em quatro eixos temáticos intrinsecamente relacionados, que constituem o alicerce doutrinário fundamental para a compreensão do modo como os autores se posicionavam sobre as questões disputadas, como era o caso das questões decorrentes da legitimidade da conquista e colonização da América.

O primeiro eixo envolve um dos temas fundamentais de filosofia política daquela época, qual seja, a origem do poder temporal e sua tênue relação com o poder espiritual. Os três eixos seguintes tratam dos temas relacionados com o direito (ou lei) natural e o direito das gentes, quais sejam, o domínio (de jurisdição ou propriedade), a escravidão e a guerra justa.

Para o presente estudo, apresentam-se de particular interesse os eixos sobre a origem do poder temporal e sua relação com o espiritual e sobre o domínio, muito embora, pela coesão teórica destes textos, os eixos sobre a escravidão e guerra justa permeio as discussões travadas nos dois primeiros eixos citados, porque os títulos de guerra justa e escravidão eram invocados para legitimar a perda do domínio dos índios, o que era veementemente combatido pelos pensadores ibéricos como será analisado a seguir.

Outrossim, todos estes quatro eixos temáticos giram em torno de dois pilares fundamentais para a doutrina da Escola Ibérica da Paz, a saber: a universal racionalidade e sociabilidade naturais dos homens e dos povos, determinando que o que nesse plano se afirma para os povos europeus é válido para os demais povos do orbe.

3.1 Nem o Imperador nem o Papa são Senhores do Orbe

Quanto ao primeiro eixo temático, a doutrina ibérica era democrática e por isso combatia, frontalmente, tanto o senhorio universal do imperador, quanto do papa sobre as soberanias indígenas. Na essência, os autores defendiam que a origem do poder temporal era divina, porém, contrariavam o que defendiam os regalistas e os teocráticos naquela mesma época. Para os escolásticos da Escola Ibérica da Paz Deus não transmitia o poder, diretamente, nem ao imperador, nem ao papa, mas ao povo para que organizado em comunidade política, decidisse, de forma livre, trasladar o poder temporal a um homem, senado ou assembleia.

Assim, o alegado senhorio universal do imperador não era título justo para que as soberanias indígenas se sujeitassem ao jugo dos reis cristãos, já que cada comunidade humana era dotada por Deus, naturalmente, de poder político ou domínio de jurisdição.

O texto a seguir transcrito de Martín de Azpilcueta, que lecionava na Universidade de Coimbra, é exemplar, pois coloca, claramente, a questão no plano do direito natural, reconhecendo que toda e qualquer comunidade política humana possui poder temporal e a capacidade de se governar a si mesma, independentemente de uma lei humana positiva, tal como poderia suceder na organização de alguns povos indígenas que pareciam não ter um rei ou imperador:

Quando os povos não têm a luz e o apoio de um imperador, é mister que sejam para si a sua própria luz, e quem não tem guia e chefe, é o seu próprio chefe e guia. E assim, embora algum povo não tenha chefe nem rei mediante providência humana, contudo recebeu da *natureza naturante*, que é Deus, o poder de se dirigir, governar e iluminar [...], e se se encontrassem alguns homens associados em comunidade, estes teriam do próprio Deus, de modo imediato, o poder de se governarem a si mesmos e de fazerem as coisas sem as quais não poderiam viver em sociedade [...], pois a lei imperial não pode suprimir as providências naturais. Não vai em sentido contrário o facto de que muitos povos parecem carecer completamente de jurisdição. Na verdade, não carecem completamente de jurisdição, mas do seu uso.¹⁷

Já em solo americano, na recém-fundada Universidade do México, Alonso de Vera Cruz ensinava, seguindo os passos dos escolásticos ibéricos negando o senhorio universal do imperador, que:

Foi opinião de muitos juristas que o imperador é senhor de todo o mundo; de modo que todas as nações e províncias e todos os reinos estão sob o seu império, de facto ou de direito. Mas segue-se da nossa análise que o imperador não goza de justo domínio sobre outras províncias, se não constar que lhe estão submetidas de direito ou de facto [...]. Conclui-se, portanto, que este Novo Mundo nunca esteve submetido ao Império Romano, nem de facto nem de direito, segundo consta, nem esses infiéis eram hostis aos cristãos, conclui-se, digo, que o imperador não pode lícitamente, por autoridade própria, subtrair-lhes as suas terras e pastos e dá-los a outros, contra a vontade dos legítimos donos, razão por que pecaria o imperador, bem como quem possuísse em virtude de tal concessão.¹⁸

Na cátedra eborense, Luis de Molina manifestava-se claramente contra a perda do poder temporal de um príncipe pagão, mesmo que este venha a converter-se ao cristianismo, deixando bem vincada sua posição no sentido de que o poder temporal deve ser tratado no plano do direito divino natural e das gentes e não sob o viés espiritual.

A graça e a fé aperfeiçoam a natureza, mas não a contradizem, por isso, se os homens antes de receberem a fé de Cristo eram reis [...], em virtude do poder conferido pela república, que o possui por Direito Natural, é evidente que ao receberem a fé não perdem de modo algum aquele poder e domínio, ainda que quando pelo seu ingresso na Igreja se submetam ao sumo pontífice.¹⁹

Diante dos excertos selecionados, evidencia-se que a doutrina democrática ibérica, debatia a questão da origem do poder temporal no plano do direito natural, compreendendo-se, assim, porque ela foi definitiva para o reconhecimento da paridade entre a coroa de penas e a de ouro, e entre o arco e o cetro, como disse em síntese perfeita Antônio Vieira, no Brasil do final do século XVII, na seguinte passagem de seu voto contra a escravidão indígena.

Assim como o espanhol ou genovês cativo em Argel é, contudo, vassalo do seu rei e da sua república, assim o não deixa de ser o índio, posto que forçado e cativo, como membro que é do corpo e cabeça política da sua nação, importando igualmente para a soberania e liberdade, tanto a coroa de penas como a de ouro, e tanto o arco como o ceptro.²⁰

Na esteira do pensamento democrático Ibérico, se o imperador não era o senhor do mundo, por não receber o poder diretamente de Deus para governar o *orbe* inteiro, nem tampouco o era o papa. As relações entre os poderes temporal e espiritual se estabeleciam em esferas distintas. O poder do Sumo Pontífice era somente o espiritual sobre os cristãos e não sobre os infiéis, ou seja, aqueles que estavam fora do redil da Igreja por não terem recebido o batismo.

Nesse sentido, Diego de Covarrubias y Leiva, destacado jurista e canonista, era incisivo ao negar o senhorio universal pleno do Sumo Pontífice, nos termos da sempre citada Carta de São Paulo aos Coríntios:

Relativamente aos que ainda não aceitaram a fé católica pela via do baptismo, o sumo pontífice apenas tem o direito de lhes anunciar a lei evangélica, mas de modo algum possui jurisdição espiritual ou temporal sobre eles, a não ser na medida em que seja necessária para que não façam injúria à religião cristã, pois como diz S. Paulo, “*não nos compete julgar os que estão de fora*” (1 Cor, 5). O sumo pontífice não pode comunicar ao imperador um poder que não possui, principalmente não sendo conclusão segura que o papa tenha, em hábito ou em acto, poder temporal distinto do espiritual.²¹

Se era admitido algum poder temporal ao papa, este poder era indireto, reconhecido apenas naquilo que fosse necessário para administrar as coisas espirituais. Dentre as potestades temporais outorgadas por Cristo ao papa em ordem ao fim sobrenatural e para a administração das coisas espirituais, Francisco de Vitória elenca a invalidação das leis civis que fomentam o pecado, a arbitragem papal nos conflitos entre os reis cristãos que levariam a uma guerra e a deposição de reis cristãos em certas ocasiões.²² Ademais, os autores ibéricos elencavam, como mais uma destas potestades temporais indiretas do papa, a concessão

constante da bula alexandrina em ordem ao fim espiritual da pregação do Evangelho (o *ius praedicandi*) aos povos do Novo Mundo.

Se o papa não era senhor do mundo no temporal e no espiritual, consoante entendiam os autores peninsulares, três consequências imediatas eram deduzidas, a saber: Primeiramente, o poder espiritual do papa restringia-se aos cristãos, nenhum poder detendo sobre os infiéis do Novo Mundo; em segundo lugar, o poder do papa sobre os assuntos temporais relativos à pregação universal era indireto e exercia-se apenas sobre os cristãos e sobre os já batizados: para evangelizar os povos gentios e pagãos poderia preferir, aos demais príncipes cristãos, os reis ibéricos, em ordem à execução desta missão espiritual, ou seja, tratava-se de um poder indireto sobre as coisas temporais, sobretudo no que se refere ao monopólio do comércio, que se exercia sob os príncipes cristãos, em virtude da obediência que estes deviam à autoridade espiritual do papa; em terceiro lugar, portanto, a infidelidade não poderia ser título legítimo para a guerra justa, escravidão e desrespeito pelas soberanias indígenas.²³

3.2 A Escola Ibérica da Paz ante as Teses Opostas ao Domínio dos Povos do Novo Mundo

Nesta seção cuida-se dos problemas mais diretamente ligados a legitimidade do *dominium proprietatis* dos povos do Novo Mundo sobre suas terras e bens, profundamente relacionada com a do *dominium jurisdictionis et auctoritatis* cujo estudo foi já em parte desenvolvido na seção anterior, destacando-se os textos nos quais os autores da Escola Ibérica da Paz refutaram as teses contrárias ao reconhecimento do domínio dos índios por considerá-los como pecadores, infiéis ou amentes, assim como pelo título jurídico do descobrimento ou ocupação das terras americanas (*terra nullius*)

3.2.1 O Pecado e a Infidelidade não Afastam o Domínio

Para Escola Ibérica da Paz tanto a discussão sobre o *dominium jurisdictionis et auctoritatis* dos povos ameríndios, como visto acima, quanto aquela sobre o *dominium proprietatis* eram desenvolvidas na esfera do direito natural e do direito humano (civil ou das gentes), sem subordinar a aquisição ou perda do domínio ao estado de graça, ou à fé, ou à caridade, isto é,

a titularidade do domínio, em ambas acepções, não dependiam da condição de infidelidade e nem do estado de pecado mortal em que se encontravam os homens.

Nessas disputas acirradas, para justificar a perda da titularidade do domínio dos índios do Novo Mundo, costumava-se apontar sua condição de infiéis ou pecadores. Em contraposição, os escolásticos ibéricos aludiam ao que foi ditado no Concílio de Constança (1414-1418) contra as teses defendidas pelo teólogo inglês pré-reformador John Wyclife, que pregava, no século XIV, o retorno da Igreja as suas origens de pobreza apostólica, as quais foram repercutidas por Jan Huss no século XV e, que de certa forma, encontravam afinidades com o movimento iniciado por Pedro Valdo e seus discípulos no século XII. Outra tese do século XIV que era ainda enfrentada pelos escolásticos ibéricos no século XVI era a do Armacano, Ricardo Fitz-Ralph, arcebispo de Armagh, segundo o qual nem os infiéis, nem aqueles que estavam em pecado mortal possuíam domínio justo sobre as coisas temporais.

Após analisar tais argumentações, Francisco de Vitória posiciona-se firmemente contrário a todas elas, refutando, em primeiro lugar, que o título de domínio é o estado de graça e, portanto, não compactuava com a ideia de que aqueles que se encontravam em pecado mortal não possuíam domínio sobre coisa alguma, já que, para Vitória, o domínio deveria ser analisado no plano do direito natural e do direito humano, dizendo conclusivamente que:

Em resumo, tudo isto é heresia manifesta. Do mesmo modo que faz Deus *sair o sol sobre os bons e sobre os maus, e chover para os justos e para os pecadores*, deu também bens temporais aos bons e aos maus. (Destaques no texto em espanhol – tradução livre)²⁴

Em segundo lugar, Francisco de Vitória refuta também a ideia de que a infidelidade, por si só, seria causa legítima para a perda do domínio, ponderando que:

A fé não suprime o direito natural nem o humano. Pois bem, o domínio é ou de direito natural ou de direito humano. Logo, não se perde o domínio por falta de fé. E para terminar direi que este é um erro tão manifesto quanto o anterior, e que é heresia. E disso resulta que não é lícito despojar das coisas, que possuem, os sarracenos, os

judeus ou os demais infiéis pelo único fato de não serem cristãos; e fazê-lo é furto ou rapina, o mesmo que se fosse feito com os cristãos.²⁵ (Tradução livre)

Com fundamento nessas mesmas premissas, escreve Domingo de Soto semelhantemente a Francisco de Vitória, enfatizando que a divisão das coisas, ditada pela razão natural, não depende da caridade e é conveniente à paz social:

Deus, efectivamente, faz com que o Sol irradie a luz tanto para os bons como para os maus e envia a chuva para os justos e para os injustos; portanto, por maior que seja o estado de caridade em que alguém se encontre, não adquire por isso nenhum direito novo sobre as coisas [...]. Porque se o título de caridade autorizasse alguém a apoderar-se das coisas alheias, poria estorvos à paz e ao bem-estar da sociedade.²⁶

Nesse diapasão, quanto à doutrina sotiana que negava o domínio do Imperador sobre as terras de infiéis, e particularmente, sobre as terras dos habitantes das Índias Ocidentais, compartilhada pelos demais escolásticos ibéricos, Jaime Brufau Prats sintetiza que “a infidelidade não faz perder a propriedade dos bens, nem a titularidade do poder político”, porque de acordo com a doutrina tomista, “a distinção entre fiéis e infiéis é de direito divino e, por conseguinte, ao não destruir a graça o que é conforme à razão natural, nos infiéis se preservam válidos e firmes a propriedade privada e a potestade civil”.²⁷

3.2.2 A Alma Racional dos Índios e sua Capacidade de Domínio

Outra linha de argumentação que precisava ser combatida pelos autores da Escola Ibérica da Paz em prol do reconhecimento da legitimidade do domínio dos povos indígenas era a negativa da *humanidade* e, por conseguinte, da *racionalidade* dos índios. Esta questão se situa nas três respostas possíveis que na época poderiam ser dadas às três simples perguntas lançadas pelo frei Antonio de Montesinos no histórico sermão do quarto domingo do Advento de 1511: “Eles não são homens? Não têm almas racionais? Não sois obrigados a amá-los como a vós mesmos?”²⁸

As posturas possíveis perante essas perguntas eram bem definidas: a) ou os índios eram homens dotados de almas racionais e plenamente capazes de direito; b) ou, embora homens, eram incapazes

de se autodirigir por serem amentes²⁹; c) ou eram equiparados aos brutos animais³⁰ desprovidos de razão e humanidade.³¹

A postura da Escola Ibérica da Paz, em qualquer das suas gerações de catedráticos ou missionários, e em qualquer das latitudes geográficas em que escreveram os seus autores, era a da defesa da alma racional dos índios e, talvez, essa opção não pudesse ter sido diferente porque na base dessa doutrina estava a aplicação aos índios de uma série de postulados da antropologia cristã, sustentadas por São Tomás de Aquino e, conseqüentemente, seguidas pelos autores em causa.

A pedra angular desse entendimento está na criação do homem à imagem e semelhança de Deus, para dominar sobre os animais. Ensina Cordero Pando, à luz da doutrina tomista, que a condição de imagem de Deus, que define ao homem como ser racional, faz com que ele seja dono de suas obras, na medida em que dispõe de livre arbítrio.³² Ademais, como decorrência do anterior, se os índios eram homens, também eram *próximos* em relação aos cristãos.

É importante destacar que, quanto maior o contato com os povos ameríndios, maior era a certeza e firmeza com que os escolásticos ibéricos defendiam sua plena capacidade como seres humanos dotados de almas racionais. De Francisco de Vitória em Salamanca a, por exemplo, Bartolomeu de las Casas, Alonso de Veracruz e Juan Zapata y Sandoval, no México, Perú e América Central, ou Manoel da Nóbrega na costa atlântica brasileira, a doutrina ibérica ia se sedimentando no sentido da defesa da humanidade dos gentios do Novo Mundo, cada vez mais sem margens para acusar estes autores de vacilações. Os índios, portanto, não eram amentes e, sim, plenamente capazes, não somente para receber a fé cristã, mas também de ser legítimos donos, pública e privadamente, ou seja, deter o domínio de jurisdição e de propriedade, nas mesmas condições que os cristãos.

Assim, Francisco de Vitória, ao discorrer, na primeira parte da *Relectios* obre os Índios, a respeito do terceiro fundamento que levariam à conclusão de que aqueles *bárbaros* eram verdadeiros donos e senhores antes da chegada dos espanhóis, afirma, enfaticamente, refutando a tese de que os índios eram amentes:

(...) porque em realidade não são idiotas, senão que têm, a seu modo, uso de ‘razão.

É evidente que têm certa ordem nas suas coisas; que têm cidades devidamente regidas, matrimônios bem definidos, magistrados, senhores, leis, professores, indústrias; comércio; tudo isto requer o uso de razão. Além do mais, têm também uma forma de religião e não erram tampouco nas coisas que são evidentes a outros, o que é um indício de uso de razão. Deus e a natureza não lhes abandonam no que é indispensável para a espécie; e o principal no homem é a razão, e é inútil a potência que não se reduz ao ato. (...).³³ (Tradução livre).

Mais adiante, na mesma passagem, Francisco de Vitória prossegue:

(...). Pelo que creio que o fato de que nos pareçam tão idiotas e bruscos provém na sua maior parte de sua má e bárbara educação, pois também entre nós vemos que muitos homens do campo bem pouco se diferenciam dos brutos animais.³⁴ (Tradução livre)

Todavia, ao chegar na terceira parte da *Relectio De Indis*, Francisco de Vitória suscita um possível oitavo título legítimo da ocupação das terras dos índios pelos espanhóis que pode parecer, em uma primeira leitura, contraditório ao afirmado nas linhas acima transcritas, porém, o tom de dúvida com que introduz este título e a fidelidade a doutrina tomista com que conclui o seu raciocínio, não devem deixar margens para que se suspeite da posição defendida pelo mestre teólogo:

Inicia Vitória dizendo:

Há outro título que não poderia se afirmar com certeza, mas sim discutir-se e que parece legítimo para alguns. Eu não me atrevo a dá-lo por bom e nem o condenar em absoluto. O título é este: Esses bárbaros, apesar de, como se disse, não serem de todo incapazes, sem embargo, pouco distam dos retardados mentais que parecem não ser idôneos para constituir e administrar uma república legítima dentro de limites humanos e políticos. (...). Poderia então dizer-se que para utilidade de todos eles podem os reis da Espanha encarregar-se da administração e governo daqueles bárbaros, nomear-lhes ministros e governadores para seus povos, e mesmo dar-lhes novos príncipes enquanto constasse que era coerente para seu bem-estar.³⁵

Vitória acrescenta que seria muito fácil se convencer de tudo isso, porque, se os índios

fossem todos incapazes, essas medidas não só seriam lícitas e convenientes, como também os reis estariam obrigados a fazê-las até mesmo em nome do preceito da caridade, “posto que eles são nossos próximos e estamos obrigados a procurar seu bem”, mas “com a condição de que se faça, para o bem e utilidade dos mesmos e não como pretexto do lucro dos espanhóis.”³⁶

Por conseguinte, é necessário compreender que, para os autores da Escola Ibérica da Paz, que perfilavam a doutrina de Tomás de Aquino, o domínio de um homem livre por outro homem somente é aceito quando o dirige para o próprio bem daquele que é dirigido ou para o bem comum. Esta forma de domínio, presente no estado de inocência, é de direito natural e está relacionada com a condição do homem como ser social e materialmente desigual. Ainda de acordo com Tomás de Aquino, no estado de inocência, os homens viviam socialmente, porque, de acordo com a tradição aristotélica, é da natureza do homem constituir-se em comunidade e, assim, era necessário que algum homem os presidisse, preferencialmente aquele que tivesse mais ciência e mais justiça. Mas a dita presidência deveria ser exercida na utilidade dos outros e do bem comum, não pela simples ambição do poder e do mando.³⁷

Portanto, ainda que fosse válido este oitavo título, ele estava condicionado à busca do bem do próximo e não a sua exploração. Por isso é um erro teórico crasso posicionar a doutrina de Francisco de Vitória (e dos demais escolásticos, por consequência), como fundamento para o colonialismo de base racista do século XIX, seguido, sob outras vestes, dos sistemas de mandato e tutela que vigoraram no século XX na Sociedade das Nações e na Organização das Nações Unidas, respectivamente.

Em defesa da racionalidade e humanidade dos povos gentílicos do Novo Mundo, mais incisivo ainda é o testemunho de Alonso de Vera Cruz, que afirma:

Os habitantes deste Novo Mundo não só não são crianças ou amentes, mas são, a seu modo, bem-dotados, e ao menos alguns deles, a seu modo, muito bem-dotados. Isto é evidente: antes da chegada dos Espanhóis, como acabamos de o constatar com os nossos olhos, havia entre eles autoridades, governos e ordenanças sumamente apropriados, e tinham comunidade política e regime não só monárquico, mas também

aristocrático; e entre eles existiam leis e castigavam os malfeitores, assim como premiavam os beneméritos da república [...]. Segue-se que aqueles, quem quer que sejam, que os consideram indignos do domínio ou do reino ou de outras esferas em que eram verdadeiros donos, alegam um título injusto.³⁸

A suposta inferioridade civilizacional jamais foi um argumento válido para a Escola Ibérica da Paz como justificativa de dominação e exploração do outro em benefício do explorador e dominador injusto, pois o que de fato estava acontecendo no Novo Mundo, com guerras de conquista, escravidão e desapossamento dos bens dos índios, para os escolásticos ibéricos, era furto ou rapina, e nada mais.

Essas mesmas ideias sobre a necessidade de tutela real dos índios sob a coroa da Espanha, em função de uma suposta incapacidade mental dos índios, também era discutida sob a autoridade de Aristóteles, o qual menciona, na *Política*, a existência de homens que são servos por natureza, mais capazes a obedecer do que a governar a si mesmos.

O missionário José de Acosta, que vivenciando a realidade do Novo Mundo, põe por terra qualquer constrangimento filosófico em contrariar Aristóteles a bem de expor a verdade sobre a condição com que se empreendiam as guerras contra os indígenas, a pretexto de sua inferioridade civilizacional, para desapropriá-los de seus bens e destituir seus principais:

Aquilo que se alega, com base em Aristóteles, sobre a guerra justa contra os bárbaros que se recusam a aceitar o domínio, é algo bem difícil de entender, e desperta não pequenas suspeitas de que essa tese não resulte de razões filosóficas, mas sim da opinião popular [...]. E se Alexandre Magno (como dizem alguns, atraído pela ambição do poder) quis levar as bandeiras macedônias por todo o universo, não devemos preocupar-nos demasiado com o que Aristóteles escreveu mais por motivos de adulação do que de filosofia.³⁹

Assim, compreende-se porque Francisco de Vitória em sua aula magna sobre os índios (1538-1539) afirmava, categoricamente, que antes da chegada dos espanhóis ao Novo Mundo, os índios eram os verdadeiros donos de suas terras e príncipes de suas gentes, ou seja, já eram donos pública e privadamente.⁴⁰

3.2.3 A Refutação do Descobrimento e da Ocupação da América como Terra Nulius

Na *Relectio De Indis*, Francisco de Vitória, ao refutar o título de *descobrimento*, alegado por Cristóvão Colombo, inicia expondo, ao estilo escolástico, o posicionamento daqueles que sustentavam ser este um título legítimo porque “as coisas que estão abandonadas são, por direito de gentes e natural, do que as ocupa” e, “como os espanhóis foram os primeiros que encontraram e ocuparam aqueles territórios”, estes seriam seus legítimos possuidores, tal qual o seriam “se tivessem descoberto um deserto desabitado até então”.⁴¹

Para refutar tais argumentos, Vitória retoma o que havia dito na primeira parte dessa *Relectio*: que os índios eram verdadeiros senhores, pública e privadamente, antes da chegada dos espanhóis ao Novo Mundo e que os cristãos não poderiam apoderar-se de seus bens e nem depor seus príncipes, já que o domínio não era impedido pelo pecado de infidelidade ou por quaisquer outros pecados mortais e nem por serem os índios amentes ou escravos por natureza, e acrescenta o seguinte argumento:

É de direito das gentes que se conceda ao ocupante o que não é de ninguém, como se diz expressamente nas *Institutas*. Mas como aquelas terras não careciam de dono, não podem ser compreendidos neste título. E ainda que dito título possa ter algum valor unido a outro (como se dirá depois⁴²), sem embargo em si mesmo e isoladamente não justifica a posse daqueles bárbaros, nem mais nem menos que se eles nos tivessem descoberto.⁴³ (Tradução livre)

Com esse excerto, coroando tudo o mais que foi exposto nesta seção, é evidente que a doutrina de Francisco de Vitória (e dos demais escolásticos ibéricos) é diametralmente oposta à ficção da *terra nulius* utilizada para fins de aquisição do domínio dos territórios indígenas pelos Estados nacionais, largamente utilizada e defendida pelo positivismo jus internacionalista prevalecente nos séculos XIX e XX.

O próximo diagrama indica, sinteticamente, a fundamentação do domínio na liberdade e igualdade entre os homens, seguindo a tradição tomista, adotada pela Escola Ibérica da Paz:



Diagrama 2: Fundamentos do Domínio na Escola Ibérica da Paz

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou demonstrar a fundamentação teórica que os autores da Escola Ibérica da Paz utilizaram para defender o reconhecimento da legitimidade do poder político e de jurisdição dos chefes ou principais indígenas sobre suas gentes, assim como do direito de propriedade dos povos indígenas do Novo Mundo sobre suas terras e bens.

Através das três seções em que se subdivide este trabalho, respondeu-se à indagação de como teólogos cristãos, que viveram nos séculos XVI e XVII dentro de um esquema rigoroso de crenças e valores religiosos, puderam construir uma doutrina democrática e humanista capaz de reconhecer os mesmos direitos a povos cristãos e pagãos de latitudes geográficas e traços culturais tão diversos.

Na primeira seção, o estudo do quadro geral da divisão do Direito segundo os escolásticos ibéricos deixou claro que o exame da dúvida indiana era feito à luz do direito divino natural e do direito das gentes, sem que as questões relacionadas com o estado de graça, fé ou caridade dos indígenas influenciasse diretamente no reconhecimento de seus direitos à liberdade, igualdade e domínio.

Na segunda seção, foram tratadas as acepções da palavra domínio utilizada pelos autores em estudo para designar tanto o direito de jurisdição dos principais indígenas sobre suas gentes, quanto o direito de propriedade dos povos ameríndios sobre suas terras e bens, facilitando a compreensão do vocabulário empregado pelos textos em exame.

Na terceira seção, foram examinados textos selecionados em que se observa a doutrina democrática e humanista da Escola Ibérica da Paz em prol da defesa do domínio dos povos indígenas do Novo Mundo em ambas as acepções supracitadas. Quanto ao domínio de jurisdição, a legitimidade do poder temporal dos povos indígenas era reconhecida, em aberta oposição ao entendimento corrente naquela época de que o imperador ou o papa eram senhores do orbe. Quanto ao domínio de propriedade, os teólogos ibéricos refutavam qualquer impedimento de os indígenas serem verdadeiros donos de suas terras e bens sob argumentos de sua condição de pecadores, infiéis ou amentes ou ainda sob o título jurídico do descobrimento ou ocupação.

Ainda na terceira seção foi visto que se costumava argumentar, como título autorizador da guerra justa contra os povos do Novo Mundo, para desapossá-los de seu domínio e reduzi-los à escravidão, a sua suposta inferioridade civilizacional. Este argumento era construído na esteira das concepções segundo as quais os índios era amentes e, disto decorreria, como consequência, a sua incapacidade para o domínio de jurisdição e de propriedade, bem como a sua condição de escravo por natureza. Estas teses eram postas em dúvida pelos autores da Escola Ibérica da Paz, com maior intensidade a medida que aumentava também o conhecimento e a proximidade do convívio quotidiano com os povos ameríndios.

Dessa doutrina sobre o domínio defendida pela Escola Ibérica da Paz decorrerão duas consequências cruciais para a fundamentação

das respostas dadas pelos escolásticos ibéricos sobre a dúvida indiana:

A primeira é que os governantes das gentes do Novo Mundo eram legítimos, podendo ser destituídos deste governo apenas por uma das formas de trasladação livre do poder (tais como, a sucessão, a aclamação, a eleição, o pacto de vassalagem e o juramento de fidelidade), por títulos válidos de guerra justa, ou pela tirania do governante contra seus súditos. Paralelamente, reconhecia-se também o domínio dos índios sobre suas terras e seus bens, desde antes da chegada dos europeus à América. Reitere-se que estas inferências eram possíveis apenas porque decorriam da análise da dúvida indiana no plano do direito natural e das gentes e não no plano da fé, graça ou caridade.

A segunda consequência é que, se os povos do Novo Mundo eram donos de si, capazes de se autogovernar e viviam de maneira mansa e pacífica em suas terras antes da chegada dos espanhóis e portugueses na América, a escravidão e a guerra justa contra esses povos gentios eram incompatíveis com os títulos que as legitimavam naquela época.

Os mestres da Escola Ibérica da Paz não encontraram qualquer justiça ou legalidade para justificar as matanças, escravidão e a perda do

domínio (de jurisdição e propriedade) dos índios no Novo Mundo. Nem mesmo sob o título do direito de pregar o Evangelho (*jus praedicandi*) era vista com segurança a licença para cometer as atrocidades que se vinham cometendo contra os povos ameríndios.

Eis a desconcertante conclusão de Domingo de Soto nesse sentido:

Portanto, com que direito retemos o império ultramarino recentemente descoberto? Na verdade não sei (...), pois não vejo donde nos venha tal direito.⁴⁴

Abria-se, assim, um novo flanco de intensos debates sobre o problema da restituição⁴⁵, que se traduz da seguinte forma: se não havia direito que sustentasse o domínio dos hispanos sobre as terras e gentes do Novo Mundo, então o que lá estava acontecendo era furto ou rapina e os que haviam cometido estes furtos e rapinas tinham o dever de restituir os governos usurpados aos verdadeiros príncipes pagãos, restituir a liberdade dos índios injustamente escravizados e restituir os territórios e bens materiais desapropriados com enganos e violência cometidos contra aquelas gentes, assim como tinham o dever de reparar os danos sofridos com guerras travadas sem justo título⁴⁶.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. 2a. ed. São Paulo: Loyola, 2010, t. IV.
- _____. *Suma Teológica*. 2a. ed. São Paulo: Loyola, 2011, t. V.
- _____. *Suma Teológica*. 2a. ed. São Paulo: Loyola, 2012, t. VI.
- BARCIA TRELLES, Camilo. Francisco Suarez (1548-1617): (les théologiens espagnols du XVIe siècle et l'école moderne du droit international). In *Recueil des cours*, Volume 43 (1933-I).
- CALAFATE, Pedro (org.). *A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (século XVI)*. Lisboa: Almedina, 2015. vs. I e II.
- _____. *Da Origem Popular do Poder ao Direito de Resistência: doutrinas políticas no século XVII em Portugal*. Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2012.
- _____. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América/ Escuela Ibérica de la Paz: la conciencia crítica de la conquista y colonización de América: 1511 – 1694*, Prefácio de Antônio Augusto Cançado Trindade. Santander: Editora da Universidade da Cantábria, 2014.
- _____. LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. A Escola Peninsular da Paz: a contribuição da vertente portuguesa em prol da construção de um novo direito das gentes para o século XXI. In *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, ANO 13, v. 13, n. 13, pp. 262-283, 2013.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. Totus Orbis: A visão universalista e pluralista do jus gentium: sentido e atualidade da obra de Francisco de Vitória. Separata de *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, ano XXIV, nº. 32 e 33, pp. 197-212, 1º. e 2º. semestres, 2008.
- HANKE, Lewis, All Mankind is One: a study of the disputation between Bartolomeu de las Casas and Juan Ginés de Sepúlveda, in 1550 on the intellectual and religious capacity of the American Indians. Illinois: Northern Illinois University Press, 1994.
- _____. *Aristotle and the American Indians: a study in race prejudice*. Literary Licensing, LLC, 2011.
- _____. *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America*. Filadelfia: Philadelphia University of Pensilvannia Press: 1959.
- LAS CASAS, Bartolomeu de. *Historia de las Indias*. Edição de Agustín Millares Carlos e Estudo preliminar de Lewis Hanke México: Fondo de Cultura Económica, 1986. vs. I-III.
- MOLINA, Luis de. De Justitia et Iure – Libro Primero de la Justicia. Madrid, 1946.
- PRATS, Jaime Brufau. *La Escuela de Salamanca ante al Descubrimiento del Nuevo Mundo*. Salamanca: San Esteban, 1989.
- SEED, Patrícia. "Are These not also Men?": The Indians Humanity and Capacity for Spanish Civilization. In *Journal of Latin America Studies*, v. 25, n. 3, p. 639, outubro de 1993.
- SEVILLA, Isidoro de. *Etimologias*. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, Pontificia Universidade Católica de Salamanca, 1993.
- SUÁREZ, Francisco. *De Legibus (II, 13-20 De Iure Gentium)*. Edição crítica bilíngue por L. Pereña V. Abril e P. Suñer. Madrid: CSIC, 1973. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*. V. XIV.
- VITÓRIA, Francisco de. *Doctrina sobre los Indios*. Edição, tradução e estudo preliminar de Ramón Hernández. Salamanca: San Esteban, 2009. Coleção Clásicos de la Escuela.
- _____. *Relectio De Indis: o libertad de los indios*. Edição crítica bilíngue de L. Pereña e J. M. Pérez Prendes. Madrid: CSIC, 1967. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*, v. V.
- _____. *Relectio De Potestate Civili: estudios sobre su filosofía política*. Edição crítica por Jesús Cordero Pando. Madrid: CSIC, 2008. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*, v. 15.

NOTAS

1. Projeto desenvolvido no Centro de Filosofia da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, com o financiamento da Fundação para a Ciência e a Tecnologia do Ministério da Educação e Ciência de Portugal (PTDC/FIL ETI/119182/2010).
2. Para uma visão geral consultar: CALAFATE, Pedro, LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. A Escola Peninsular da Paz: a contribuição da vertente portuguesa em prol da construção de um novo direito das gentes para o século XXI. *In Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, ANO 13, v. 13, n. 13, pp. 262-283, 2013.
3. Este artigo foi elaborado a partir das seções 6.2 e 6.3 do capítulo 6 da tese de doutorado: LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *A Reconstrução da Subjetividade Coletiva dos Povos Indígenas no Direito Internacional dos Direitos Humanos: O Resgate do Pensamento da Escola Ibérica da Paz (Séculos XVI e XVII) em Prol de um novo Jus Gentium para o século XXI*. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro como requisito para obtenção do Grau de Doutor. Orientadora: Bethânia de Albuquerque Assy. Coorientador: Antônio Augusto Cançado Trindade. – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2015.
4. Ressalve-se que o estado de inocência a que se refere São Tomás de Aquino não deve ser interpretado como uma realidade histórica, mas apenas como uma tese lógica para se compreender a sociedade humana sem o pecado. Conferir o tratado do Homem, na segunda parte do tratado sobre a Criação, nas questões 75 e seguintes da Parte I da *Suma Teológica*. (Tomo. 2 na edição Loyola)
5. Barcia Trelles, Camilo. Francisco Suarez (1548-1617): (les théologiens espagnols du XVIe siècle et l'école moderne du droit international). *In Recueil des cours*, Volume 43 (1933-I), pp. 424-425.
6. VITÓRIA, Francisco de. *Doctrina sobre los Índios*. Edição, tradução e estudo preliminar de Ramón Hernández. Salamanca: San Esteban, 2009, p. 43.
7. AQUINO, Tomás de. Op. cit., tomos IV a VI.
8. Conferir na Primeira Seção da Segunda Parte da *Suma Teológica*, o artigo 1 da questão 91 e a questão 93.
9. Conferir na Primeira Seção da Segunda Parte da *Suma Teológica*, os artigos 4 e 5 da questão 91 e as questões 98 a 108.
10. Conferir na Primeira Seção da Segunda Parte da *Suma Teológica*, o artigo 2 da questão 91 e o artigo 5 da questão 94.
11. Conferir na Primeira Seção da Segunda Parte da *Suma Teológica*, o artigo 3 da questão 91 e a questão 95.
12. MOLINA, Luis de. *De Justitia et Ure – Libro Primero de la Justicia*. Madrid, 1946, pp. 139-141. Aqui Luis de Molina insere também o direito canônico, desenvolvido a partir do século XII, que é o direito criado pelos ministros da Igreja para o fim sobrenatural da Igreja.
13. Nesse sentido, ver o estudo preliminar do volume 14 da Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*, principalmente a partir da página LXVIII in SUÁREZ, Francisco. *De Legibus* (II, 13-20 De Iure Gentium). Edição crítica bilíngue por L. Pereña V. Abril e P. Suñer. Madrid: CSIC 1973. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*. V. XIV.
14. Para um estudo aprofundado destas diversas acepções da palavra *domínio*, inclusive em sentido metafísico, considerando o homem como senhor de suas obras, conferir o estudo de Jaime Brufau Prats intitulado “La Noción Analógica del *Dominium* em Santo Tomás, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto”, in PRATS, Jaime Brufau. *La Escuela de Salamanca ante al Descubrimiento del Nuevo Mundo*. Salamanca: San Esteban, 1989, pp. 11-47. Conferir também na *Suma Teológica*, dentre outras questões fundamentais, o artigo 4 da questão 96 da Primeira Parte e as questões 62 e 66 da Segunda Seção da Segunda Parte (tomos 2 e 6 na edição Loyola já citada como referência).
15. LAS CASAS, Bartolomeu de. *De Regia Potestate*, Frankfurt, 1571, I, II, 3-5 e I, III, 1-3, tradução do latim de Miguel Sena Monteiro. In CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América / Escuela Ibérica de la Paz: la conciencia critica de la*

- conquista y colonización de América: 1511 – 1694, Prefácio de Antônio Augusto Cançado Trindade. Santander: Editora da Universidade da Cantábria, 2014, p. 358.
16. MOLINA, Luis de, op. cit., tomo i, liv i, disp. xxvii. In CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América*, op. cit., p. 284.
 17. Azpilcueta, Martín de, *Relectio C. Nouit de iudiciis, Coinimbricæ*, 1548, p. 74, tradução do latim de Antônio Guimarães Pinto. In CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América*, op. cit., p. 246.
 18. VERACRUZ, Alonzo de, *De Iusto bello contra Indios*, (1553-54?), QuaestioII, Secunda Conclusio, tradução do latim de Pedro Calafate. In CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América*, op. cit., p. 210.
 19. MOLINA, Luís de. *De Justitiaet Jure*, Cuencae, 1593, tradução do latim de Gianpaolo Abbate, revisão e seleção de Pedro Calafate. Sobre o passo selecionado: tomo I, liv. I, disp. XXIX. In CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América*, op. cit., p.282.
 20. VIEIRA, Antônio, Voto sobre as Dúvidas dos Moradores de S. Paulo acerca da Administração dos Índios (1694). In Antônio Sergio e Hernâni Cidade (org.). *Obras Escolhidas do Pe. Antônio Vieira*. Lisboa: v. III, pp. 341-342. In CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América*, op. cit., p. 400.
 21. COVARRUBIAS Y LEIVA, Diego de *Relectio In Regulam Peccatum*, parágrafo 9, *Omnium Operum*, Salmanticae, 1577. vol. II, in *Textos Jurídico-Políticos*, seleção e prólogo de M. Fraga Iribarne, tradução Atilano Seco, tradução para o português de Pedro Calafate, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 66. In CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América*, op. cit., p. 192.
 22. VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de Indis, o Libertad de los Indios*. Madrid: CSIC, 1967, p. 80. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*, v. V, p. 50.
 23. CALAFATE, Pedro. *Da Origem Popular do Poder ao Direito de Resistência: doutrinas políticas no século XVII em Portugal*. Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2012.p. 193.
 24. VITÓRIA, Francisco de. *Relección De Indis, o libertad de los indios*. Op. cit., p. 19.
 25. VITÓRIA, Francisco de. *Relección De Indis, o libertad de los indios*. Op. cit., p. 20.
 26. SOTO, Domingo de. *De Justitia et Jure*, Salmanticae, 1556, lib. IV, q. II, tradução do latim de M. Sena Monteiro, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 184.
 27. Conferir o artigo Domingo de Soto y su Relección “De Dominio” in PRATS, Jaime Brufau. Op. cit., p. 96.
 28. Para a leitura contextualizada e em espanhol conferir: LAS CASAS, Bartolomeu de. *História de las Índias*. Edição de Agustín Millares Carlos e estudo preliminar de Lewis Hanke México: Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 441-442. V. II.
 29. Diz Santo Isidoro de Sevilha em suas *Etimologias* (XI): “(...) Mas a alma está referida à vida, enquanto que o ânimo o está à inteligência. Daí que os filósofos digam que a vida pode seguir existindo mesmo que falte o ‘ânimo’; e que a ‘alma’ subsiste mesmo carecendo de inteligência. Daí a palavra *amentes* (sem mente). E é que a inteligência tem como função o saber; e o ânimo, o querer.” (Tradução do espanhol para o português da autora a partir do texto latino traduzido por José Oroz Reta e Manuel A. Marcos Casquero em: SEVILLA, Isidoro de. *Etimologias*. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, Pontificia Universidade Católica de Salamanca, 1993, p. 15)
 30. Diz Santo Isidoro de Sevilha em suas *Etimologias* (X) sobre a palavra “bruto”: “*Bruto*, como se dissessimosabrutus (*enterrado*), porque está privado de sentido. É, portanto, o que carece de razão e de prudência.” (Tradução do espanhol para o português da autora a partir do texto latino traduzido por José Oroz Reta e Manuel A. Marcos Casquero em: SEVILLA, Isidoro de. *Etimologias*. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, Pontificia Universidade Católica de Salamanca, 1993, p. 807)
 31. Nesse sentido, conferir o artigo de Patricia Seed que discute as três posições face a questão da alma racional dos índios, porém, o faz à

- luz da capacidade de conversão dos índios ao cristianismo e, portanto, da viabilidade de cumprimento do determinado na bula alexandrina de doação do Novo Mundo aos reis da Espanha. Para o estudo nesta subseção a utilização destas posições é bastante útil e esclarecedora, porém, a discussão central aqui desenvolvida é a capacidade de domínio dos povos do Novo Mundo e não a possibilidade de conversão de suas almas ao cristianismo. A evangelização era um mandato importante para os autores da Escola Ibérica da Paz, todavia, as consequências da discussão da racionalidade das almas indígenas eram mais amplas, já que era um pressuposto tanto para o desenvolvimento dos planos natural e sobrenatural da vida humana. Cfr. SEED, Patrícia. "Are These not also Men?": The Indians humanity and capacity for Spanish civilization. In *Journal of Latin America Studies*, v. 25, n. 3, p. 639, outubro de 1993.
32. VITÓRIA, Francisco de. *Relectio De Potestate Civili*: estudos sobre su filosofia política. Edição crítica por Jesús Cordero Pando. Madrid: CSIC, 2008, p. 325. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*, v. 15.
 33. VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de Indis*, op. cit., pp. 29-30.
 34. *Ibidem*.
 35. *Idem*, p. 97.
 36. *Idem*, p. 98.
 37. Atenção ao emprego da palavra *desigualdade*, que de forma alguma deve ser interpretada no sentido formal do jusnaturalismo iluminista e nem de inferioridade e superioridade entre os homens, pois é pressuposto basilar da antropologia cristã que todos os homens foram criados à imagem e semelhança de Deus, dotados de almas racionais capazes de exercer o livre arbítrio. A desigualdade a que se refere São Tomás, no estado de inocência, é aquela que hoje se designa como desigualdade real ou material, como por exemplo a diferença entre os sexos, idade, inclinação da alma e compleição física. A este respeito, conferir os artigos 3 e 4 da questão 96 da Primeira Parte da *Suma Teológica*.
 38. VERA CRUZ, Alonso de. Op. cit., Quaestio V, Septima Conclusio, in CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América*, op. cit., p. 214.
 39. ACOSTA, José de. *De Procuranda Indorum Salute*, op. cit., V, 1-2, in CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América*, op. cit., pp. 382 e 386.
 40. VITÓRIA, Francisco de. *Doctrina sobre los Indios*, op. cit., pp. 43-59.
 41. VITÓRIA, Francisco de. *Relección De Indis, o libertad de los Indios*, op. cit., p. 54.
 42. Vitória volta ao tema da descoberta e da ocupação no Epílogo apenas para complementar que os espanhóis poderiam adquirir mercadorias dos índios mediante comércio, ou apropriar-se de coisas abandonadas ou que são comuns a todos. Fala também da descoberta das rotas de navegação sob a autoridade do rei católico da Espanha. (Op. cit., p. 98).
 43. *Ibidem*.
 44. SOTO, Domingo de, *Relectio de dominio, Salmanticae, 1535, 34, 2-3*, in SOTO, Domingo de. *Relecciones y Opúsculos*. Edição, traduções e introduções de Jaime Brufal Prats, Salamanca: Editorial San Esteban, 1995, p. 177, v. 1. Tradução do espanhol para o português de Pedro Calafate. CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América*, op. cit., p. 184.
 45. AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica*. 2a. ed. São Paulo: Loyola, 2012. t. VI. Nesse sentido, conferir, principalmente, a questão 62 e também os artigos 1, 2, 7 e 8 da questão 66, na Segunda Seção da Segunda Parte da *Suma Teológica*.
 46. Este é o objeto de estudo do novo projeto *De Restitutione*: A Escola Ibérica da Paz e a Ideia de Justiça na Ocupação da América (Século XVI) (PTDC/MHC-FIL/4671/2014) dirigido pelo Prof. Dr. Pedro Calafate do Centro de Filosofia da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa.

EL COSTE HUMANO DE LA DEGRADACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: LA MIGRACIÓN AMBIENTAL

Susana Borràs

Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales e Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT), Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-España).

RESUMEN

El medio ambiente es el principal sustento de las poblaciones y de su subsistencia y representa además la base de su desarrollo humano: proporciona los bienes y servicios esenciales, que contribuyen a la satisfacción de las necesidades humanas, a la realización de los derechos humanos más fundamentales y es esencial para el desarrollo y calidad de la vida. Su degradación origina la falta de recursos y la pobreza de la población, que no tiene más opciones que la de migrar a otro territorio para garantizar su subsistencia. Por lo tanto, la degradación ambiental constituye una causa *per se* directamente relacionada con los movimientos de población, a través de la cual la libertad de migrar deviene la “necesidad de migrar”.

El presente estudio analiza cómo la actual desprotección de las poblaciones migrantes, forzadas a cambiar el lugar de su residencia por causas ambientales, requiere necesariamente una respuesta internacional urgente, basada en la cooperación y en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos.

Palabras Clave

Migración ambiental; derechos humanos; degradación ambiental.

INTRODUCCIÓN: LA REALIDAD DE LOS MOVIMIENTOS FORZADOS DE POBLACIÓN POR DEGRADACIÓN AMBIENTAL

La República de Kiribati, país insular ubicado en el océano Pacífico, al noreste de Australia (Oceanía), se compone de 33 islas y 102 mil habitantes. La mayoría vive en su capital, Tarawa Sur, y viven principalmente de la pesca. Kiribati se ubica entre países insulares más vulnerables del mundo frente a las inundaciones, como se ha señalado en los informes del Panel

Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC) de la ONU. De hecho, ninguna parte de su isla principal está a más de dos metros del nivel del mar, de forma que si la temperatura del planeta aumenta 2°C, el nivel subiría más de tres metros.

El Sr. Ioane Teitiota, de 39 años y su esposa, Angua Erika, abandonaron Kiribati para proteger a su familia del calentamiento global y emigraron en 2007 a Nueva Zelanda, donde nacieron sus tres hijos. En 2010 y tras expirar su visa de trabajo, pidió a las autoridades que les otorgara a él y a su familia el estatus de refugiados climáticos, pero tras incumplir varias veces los plazos del visado, este agricultor fue arrestado en 2011. El abogado que se encargó de su defensa argumentó que Teitiota y su familia habían sufrido indirectamente la persecución de los países industrializados, toda vez que su fracaso en controlar los gases invernadero impulsa el proceso del cambio climático. El argumento fue rechazado por el Tribunal de migración de Nueva Zelanda, que lo calificó de “fundamentalmente erróneo” porque Teitiota buscaba refugio en un país desarrollado, la supuesta fuente de su opresión. El Tribunal Superior neozelandés rechazó la alegación de reconocer su situación de “refugiado climático” y toda la familia Teitiota fue deportada de Nueva Zelanda, el 23 de septiembre de 2015, sin que las alegaciones por razones humanitarias funcionaran.

El caso de la familia de Ioane Teitiota, por desgracia no es el primero, ni el único, ni será el último. En el futuro las personas que viven en los países bajos del Océano Pacífico, como ha sido el caso de la familia de Teitiota, buscarán refugio en países como Nueva Zelanda y Australia, porque sus islas se volverán totalmente inhabitable. No obstante, la gravedad de la situación de estas personas, es que ambos países han rechazado al menos 17 solicitudes de las islas del Pacífico en busca de la condición de refugiado a causa del

cambio climático en los últimos 20 años, según una investigación de Jane McAdam, una experta en derecho de los refugiados en la Universidad de Nueva Gales del Sur en Sydney.

Aunque hasta el momento ninguna solicitud que persigue la declaración de refugiado por cambio climático ha prosperado, el tema ocupó un lugar destacado en un caso en el que una familia de la pequeña isla de Tuvalu apeló con éxito su deportación de Nueva Zelanda por razones humanitarias. Fue quizás el primer caso que planteó directamente la cuestión del cambio climático en el Pacífico en obtener un fallo positivo.

Lo importante de estos casos y, probablemente en casos venideros, es el planteamiento judicial de cómo proteger a las víctimas que son migrantes como consecuencia de una alteración ambiental. La resolución de este caso, en particular, ejemplifica como la ruta legal resulta infructuosa para víctimas del calentamiento porque la amenaza del cambio climático, como cualquier otra modificación ambiental, no encaja dentro de los confines de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, creada para definir los derechos legales de los ciudadanos que huían de sus países de origen tras la Segunda Guerra Mundial.

A pesar de esta realidad jurídica, hay otra realidad, la de las migraciones forzadas por causas ambientales, en la que la degradación del medio ambiente ha sido un factor promotor de los movimientos forzados de población, puesto que las personas huyen para sobrevivir a desastres naturales o se desplazan, a raíz de condiciones ambientales difíciles y deterioradas, en busca de oportunidades en otras partes. Estos movimientos forzados de población por causas ambientales comprenden no sólo a aquellos que tienen que trasladarse a otras zonas dentro de un mismo país (denominados *desplazados internos*), sino también a los que suelen cruzar fronteras internacionales (denominados, *refugiados ambientales*).

En este sentido, es posible que el cambio climático exacerbe esta realidad ambiental y humana: los desastres repentinos y latentes así como la degradación ambiental paulatina incidirá en la migración de miles de personas en todas partes del mundo. Los efectos del calentamiento global y la aridez en algunas regiones reducirán su potencial agrícola y mermarán los servicios ecosistémicos, como el agua potable y el suelo

fértil. Además, el aumento de catástrofes meteorológicas y, en concreto, de las fuertes precipitaciones y las consecuentes inundaciones en las regiones tropicales, afectarán a más gente y provocarán desplazamientos masivos.

Según la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante, OIM) sitúa la cifra global en alrededor de 200 millones y que en las próximas cuatro décadas el número de desplazados ambientales llegaría a los mil millones. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha estimado que al menos unas 30 millones de personas fueron desplazadas en el 2013 a consecuencia de alteraciones en el clima y desastres naturales; y que en la actualidad existen alrededor de 50 millones de refugiados en el mundo y en varios casos es posible conectar las causas de su desplazamiento con alteraciones climáticas. El informe del grupo Christian Aid también calcula que por lo menos 1,000 millones de personas se verán obligadas a abandonar sus hogares para el 2050 ante la escasez de recursos naturales provocada por el cambio climático. La misma disparidad de cifras sobre los posibles migrantes ambientales es indicativa de la complejidad e indefinición del fenómeno.

La cuestión no deja de ser preocupante: la indefinición jurídica de la situación de los migrantes forzados por causas ambientales no hace más que acrecentar su vulnerabilidad e inseguridad frente a las consecuencias de las modificaciones ambientales. La razón principal es por la dificultad de aislar el cambio climático y el deterioro ambiental de otras variables que influyen en la migración, como la económica. Ante esta situación, se plantea cómo proceder a la protección de estas personas, realmente en peligro, y evitar que, como el caso de las pequeñas islas en desarrollo, la desaparición de su Estado incremente su indefensión y vulnerabilidad para salvaguardar su dignidad como personas.

1. Las limitaciones actuales de la protección internacional de la migración ambiental

Hasta hace unos pocos años la discusión sobre la situación de las personas que se ven forzadas a abandonar sus hogares por causas de la modificación ambiental se centró en su denominación. La terminología utilizada ha sido diversa, pero parece haber cierto consenso en denominar a estas personas como parte de los movimientos migratorios. La cuestión no carece

de importancia puesto que determina el régimen jurídico que procura protección a estas personas. Así, en la actualidad, la mayor parte de la doctrina¹ coincide en definir como migrante ambiental, independientemente de su concreto estatuto jurídico, a toda persona que abandona su territorio de residencia habitual debido principalmente o de forma muy importante a impactos ambientales, ya sean graduales o repentinos, y ya se mueva dentro de un mismo Estado o atraviese fronteras internacionales.² La OIM, por migrantes por causas ambientales, entiende "(...) las personas o grupos de personas que, por motivo de cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente, que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida, se ven obligados a abandonar sus lugares de residencia habituales, o deciden hacerlo, bien sea con carácter temporal o permanente, y que se desplazan dentro de sus propios países o al extranjero."³

A pesar de existir cierto consenso, en parte promovido por la misma OIM, entre las numerosas denominaciones para referirse a los movimientos forzados de población en función de su realidad, la situación tan extrema como es la de la desaparición de pequeños Estados insulares en desarrollo plantea de nuevo la posible adecuación de la protección de sus habitantes mediante la aplicación del estatuto de refugiado.⁴ De hecho, según Oxfam Internacional, la migración ambiental crea un nuevo concepto de refugiado: los que son forzados a huir de su país de origen porque las condiciones climáticas ponen en peligro su existencia o afecta su calidad de vida.

También la Environmental Change and Forced Migration Scenarios (EACH-FOR), una investigación auspiciada por la Comisión Europea para estudiar cómo los cambios climáticos agravan el problema de la migración en el mundo, concluye que los procesos de degradación ambiental influyen notablemente en los cambios de residencia y que existen tres tipos de refugiados ambientales a consecuencia del cambio climático: aquellos que sufren desplazamientos temporales por terremotos, ciclones o posibles inundaciones; los que migran porque los procesos de degradación ambiental ponen en riesgo su salud y destruyen las bases de su sustento económico y los que se desplazan porque hay cambios permanentes en su hábitat tradicional.

La cuestión más importante que se plantea es como proteger a estas personas. Desde el Derecho internacional se plantea la posible aplicación de los estatutos de refugiado y/o desplazado, según si el migrante cruza o no una frontera, y el de apatridia, en caso de pérdida de nacionalidad, en caso, por ejemplo de desaparición de los Estados.

a) El estatuto de refugiado y desplazado

Una posibilidad es la aplicación de la definición legal de "refugiado" y los derechos de los refugiados regulados en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. De acuerdo con este acervo jurídico, un "refugiado" se define como alguien que: "(...) debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él".⁵

En relación con este concepto es necesario apuntar, en primer lugar, que la definición de refugiado sólo se aplica a las personas que ya han cruzado una frontera internacional. Este elemento se cumpliría en el caso de los pequeños Estados insulares en desarrollo, pues la desaparición de su territorio nacional conllevaría, irremediablemente, el traslado de su población hacia territorios situados bajo la jurisdicción de otros Estados. Cuando el movimiento migratorio se produce dentro de las fronteras de un mismo país, la protección puede regirse por los Principios Rectores del Desplazamiento Interno, el desplazamiento se produce cuando "personas o grupos de personas [...] se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano." Así, los Principios Rectores contemplan expresamente la protección de las personas desplazadas a causa de desastres naturales o provocados por el ser humano y contienen importantes protecciones de los

derechos humanos en tales casos. El problema de este instrumento es que no es obligatorio y no cubre las migraciones forzadas internacionales. La Convención de Kampala sobre los desplazados internos de la Unión Africana, en cambio, si bien es el primer tratado internacional vinculante sobre desplazamiento interno, que ofrece importantes protecciones de los derechos humanos para las personas desplazadas debido a factores relacionados con el medio ambiente o los desastres naturales, tampoco cubre los migrantes que cruzan fronteras y su ámbito de aplicación es el regional.

En segundo lugar, existen dificultades en la caracterización del “cambio climático” o “degradación ambiental” como “persecución”. La “persecución” implica violaciones de los derechos humanos que son suficientemente graves, debido a su naturaleza inherente o debido a su repetición.⁶ Al respecto, el ACNUR organizó una mesa redonda de expertos sobre cambio climático y desplazamiento que se celebró en Bellagio, Italia, del 22 al 25 de febrero de 2011, con el apoyo de la Fundación Rockefeller. En esta reunión se rechazó el uso de los términos “refugiado climático” y “refugiado ambiental”, ya que son inexactos y engañosos.⁷ En este sentido, parte del problema en el contexto del cambio climático es identificar un “perseguidor”. No obstante, si se considera que los gobiernos de los pequeños Estados insulares en desarrollo, como los Estados de Kiribati y Tuvalu, no son responsables del cambio climático, ni desarrollan políticas que aumentan sus efectos negativos en determinados sectores de la población, se podría argumentar que el “perseguidor” en este caso es la “comunidad internacional”, y los países industrializados, en particular, cuyo fracaso para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, junto con la emisión histórica de los gases de efecto invernadero, han contribuido a la difícil situación a la cual se enfrentan estos Estados.⁸

En tercer lugar, según la Convención, los refugiados huyen de su propio gobierno (o de agentes privados de los cuales el gobierno no puede o no quiere protegerlos de ellos), pero una persona que huye de los efectos del cambio climático no escapa de su gobierno, sino que más bien está buscando protección en los países que han contribuido al cambio climático. Esto presenta otro problema en términos de la definición legal de “refugiado”: el gobierno sigue

siendo capaz y está dispuesto a proteger a sus ciudadanos.

En relación con el elemento de la “persecución”, la Convención sobre los Refugiados requiere que tal persecución sea por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a determinado grupo social. Esta cuestión es también problemática por cuanto los impactos del cambio climático son en gran medida indiscriminados, en lugar de estar vinculados a las características particulares, como los antecedentes de una persona o sus creencias. Además, si bien el cambio climático afecta más negativamente algunos países, en virtud de su geografía y sus recursos, no lo hace con base a una característica personal particular, como la nacionalidad o la raza de sus habitantes. En consecuencia, sería difícil de establecer el argumento de que las personas afectadas por el cambio climático pudieran constituir “un determinado grupo social”, porque el derecho exige que el grupo debe estar conectado por una característica fundamental, inmutable, que no sea el riesgo de persecución por sí mismo.

Consecuentemente, a pesar que la Convención de 1951, enmendada por su Protocolo de 1967, se considera como el principal instrumento de protección de los refugiados y como una norma de derecho internacional consuetudinario⁹, se ha reconocido que los términos “refugiados climáticos” y “refugiados ambientales” no son, en términos jurídicos, nomenclaturas exactas o útiles y, por lo tanto, deben evitarse. No obstante, es necesario precisar que la Convención de 1951 puede aplicarse en situaciones específicas, por ejemplo, cuando “las víctimas de desastres naturales huyen debido a que su gobierno ha retenido u obstruido deliberadamente la asistencia con el fin de castigarlas o marginarlas debido a alguno de los cinco motivos [de la Convención]”.¹⁰ Estas acciones pueden llevarse a cabo durante conflictos armados, situaciones de violencia generalizada, desorden público o inestabilidad política e incluso en tiempo de paz.

Además de la Convención de 1951, a nivel regional el estatuto de refugiado se reconoce en dos instrumentos internacionales más: la Convención de la OUA sobre los Refugiados de 1969 y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984. Ambas constituyen prominentes instrumentos regionales sobre refugiados que amplían la definición de refugiado

para África y América Latina, proponiendo nuevos enfoques para las necesidades humanitarias de las personas refugiadas y desplazadas con un espíritu de solidaridad y cooperación. Así, ambas incluyen entre las causas para desplazarse a las situaciones que han alterado gravemente el orden público,¹¹ que, de cierta forma, podría resultar equiparable a la degradación ambiental como la causante de hambrunas y sequías. Esta referencia a circunstancias que perturben el orden público ha sido interpretada como clave para incluir los refugiados ambientales. Aun así, la Convención de la OUA solo permite que aquellas personas que sufren “fundado temor a ser perseguidas” califiquen como refugiadas, manteniéndose uno de los inconvenientes señalados anteriormente en el análisis de la Convención de Ginebra de 1951. Además, por el momento, los principales inconvenientes para ampliar la protección a los migrantes ambientales son que, por un lado, tienen carácter regional, no universal, es decir, su ámbito de aplicación solo protege a los individuos que viven en África o en América Latina y, por otro lado, no recogen específicamente los motivos ambientales. Además, la Declaración de Cartagena es que se trata de un instrumento jurídicamente no vinculante.

La laguna jurídica a la que se enfrentan los migrantes ambientales se agrava con la inexistencia de una institución internacional que asuma la responsabilidad de las personas que migran de manera forzada cruzando fronteras internacionales. El ACNUR, a pesar de reconocer la gravedad de la situación, no ha asumido la protección para las personas que migran por motivos climáticos ni ha revisado su mandato para incluirlos.

La no adecuación del concepto de “refugiado” ha sido confirmada por algunos casos en Australia y Nueva Zelanda, en los que algunos habitantes de Tuvalu y Kiribati habían solicitado el reconocimiento de esta condición de refugiado por los impactos del cambio climático. No obstante, en ninguno de ellos se admitió el reconocimiento de tal condición de refugiado. Por ejemplo, en uno de los casos ocurridos en Nueva Zelanda, la Autoridad de Apelaciones del Estatuto de Refugiados explicó que “(...) este no es un caso donde se pueda decir que los recurrentes corran diferencialmente el riesgo de daños equivalente a persecución debido a cualquiera de estos cinco motivos. Todos los ciudadanos de Tuvalu enfrentan los mismos problemas ambientales

y las dificultades económicas que se viven en Tuvalu. Más bien, los recurrentes son víctimas desafortunadas, como todos los ciudadanos de Tuvalu, de las fuerzas de la naturaleza que conduce a la erosión de las costas y de que la propiedad familiar esté parcialmente sumergida por la marea alta”.¹²

En otro caso, que se presentó en Australia, el Tribunal de Revisión de Refugiados declaró: “En este caso, el Tribunal no cree que se puede identificar el elemento de una actitud o motivación, de tal forma que la conducta temida pudiera considerarse correctamente como persecución por motivos de una característica de la Convención según es requisito... Simplemente no existe base para concluir que los países que se pueden decir que históricamente han sido altos emisores de dióxido de carbono o de otros gases de efecto invernadero, tienen algún elemento de motivación para afectar a los residentes de países bajos tales como Kiribati, ya sea por su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política”.¹³

Paradójicamente, el mismo gobierno de Kiribati rechaza, en el ámbito de esta política, la consideración de sus habitantes de refugiados, por entender que ésta es una respuesta ante un suceso inesperado, mientras que el cambio climático no sólo es esperado sino que su realidad es evidente. El objetivo, al margen de las denominaciones de los migrantes, es lograr las condiciones necesarias para que su pueblo pueda migrar con dignidad, y no en situación de desventaja.

b) El estatuto de apátrida

La posible “desaparición” o “hundimiento” de algunos pequeños Estados insulares y/o con zonas costeras bajas, debido al aumento del nivel del mar y a los impactos de éste sobre el Estado y su gente, plantea la realidad de como las modificaciones ambientales están afectando a las personas.¹⁴ Al respecto, a pesar de la novedad de la situación de pérdida de territorio, existe una presunción general de continuidad de la condición de Estado y de personalidad jurídica internacional en virtud del Derecho internacional. Así, la condición de Estado no se pierde de forma automática con la pérdida de territorio habitable, ni está necesariamente afectada por los movimientos de población. Es más, de acuerdo con el valor de la dignidad, el derecho a ser reconocido con una nacionalidad o

a tener un visado, que permita el libre tránsito, no deben ser condiciones para que se dejen de respetar los derechos humanos de las personas, pues todos los seres humanos tienen un valor intrínseco, el valor de la dignidad, del cual jamás se debe privar a nadie. Sería poco probable que muchos países desaparezcan completamente debido a la elevación del nivel del mar; persiste una preocupación muy real acerca de que algunos de esos países pueden llegar a ser inhabitables, probablemente debido a insuficientes recursos de agua dulce.

En ese sentido, la desaparición de los Estados insulares ha sido un aspecto que ha recordado el ACNUR ante el Grupo de Trabajo Especial sobre la Cooperación a Largo Plazo (GTE-CLP) de la CMNUCC, identificando los problemas que pueden enfrentar, en este sentido, las poblaciones de Estados como Maldivas, Tuvalu, Kiribati o las Islas Marshall¹⁸.

En todo caso, la potencial desaparición de los Estados insulares por los efectos del cambio climático aumenta el riesgo de generar el fenómeno de la “apatridia *de facto* a gran escala, que podría convertirse en apatridia *de jure* si el Estado afectado considerara que ha cesado su existencia”¹⁵ y en caso de que no hubiesen adquirido otra nacionalidad (por ejemplo, trasladándose a otro país y convirtiéndose en sus ciudadanos). Es evidente que el número de Estados en peligro afectaría la cantidad de personas eventualmente desplazadas; no obstante, la población total de los mencionados Estados de Kiribati, Tuvalu, Tokelau, las Maldivas y las Islas Marshall suma menos de 600.000 personas. Este número se podría considerar pequeño en relación con el total de personas que podrían ser desplazadas permanente o temporalmente debido a las inundaciones, que el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) calculó en 330 millones si las temperaturas globales aumentaran de tres a cuatro grados centígrados.¹⁶ Sin embargo, en términos absolutos el desafío sería considerable y podría llevar a la apatridia a algunas poblaciones afectadas.

En el Derecho internacional, un “Estado” existe si reúne cuatro elementos constitutivos: si un territorio definido tiene una población permanente, un gobierno eficaz y la capacidad de entablar relaciones con otros países.¹⁷ La posible desaparición de los pequeños Estados insulares en desarrollo, por la pérdida de territorio por la inmersión, determinaría, de acuerdo con el Derecho internacional, la desaparición del país como entidad legal. Asimismo, puede suceder que mucho antes de la desaparición del territorio físico, el Estado se vuelva inhabitable por la situación de precariedad en la subsistencia de su población. En consecuencia, la falta de población o incluso la pérdida de un gobierno eficaz, antes de la desaparición física del Estado, serían

modificación ambiental hasta el extremo de comprometer sus derechos más básicos y, en definitiva, su subsistencia exige, sin duda alguna, una respuesta internacional. Así, la reafirmada inadecuación del estatuto de refugiado y la incapacidad de los Estados de planificar un proceso migratorio de sus habitantes, ha exigido plantear respuestas para procurar la protección y la asistencia de las poblaciones que huyen: una cobertura jurídica más allá del estatuto de refugiado que, en algunos de los casos, ya existe en el ordenamiento jurídico internacional y otras son nuevas propuestas que buscan no solo proteger y visibilizar la situación de los migrantes ambientales, sino también reforzar y reafirmar la debida diligencia, la obligación de proteger a la población y la obligación de cooperar que tienen los Estados en relación con los movimientos forzados de población por causas ambientales.

a) La protección complementaria: de los derechos de los migrantes ambientales y del derecho a migrar

A pesar de las limitaciones de la obligación de protección por parte de un país de acogida y la falta de reconocimiento de un derecho humano al medio ambiente sano, el derecho de los derechos humanos ha ampliado las obligaciones de protección de los países más allá de la categoría de “refugiado”, en la medida que las modificaciones ambientales, origen del movimiento forzado, pueden impactar sobre una serie de derechos humanos: sobre el derecho a la vida, el derecho a una alimentación adecuada y el derecho a no padecer de hambre, el derecho al agua potable, el derecho al disfrute del más alto nivel de la salud y el derecho a una vivienda adecuada.

La protección del migrante ambiental más importante e inapelable es la asunción necesaria de que los derechos humanos básicos son los que corresponden por igual a toda persona, ya sean nacionales o extranjeros. El fundamento de la protección de estos derechos, universalmente reconocidos, es la misma dignidad humana más allá de circunstancias accidentales.²² Por ello, en base a consideraciones de humanidad se debería apoyar a los migrantes que se desplazan a raíz de cambios del medio ambiente previo, durante y después del proceso migratorio y puede tener diferentes modalidades, o bien como respuesta de emergencia a un desastre repentino, o bien como acciones planificadas

de antemano para acompañar desplazamientos sostenidos de migrantes o prestar asistencia a su reasentamiento. El socorro humanitario debería asegurar que se respeten los derechos más básicos de los migrantes inducidos por el medio ambiente, de conformidad con los principios de derechos humanos, y que se preste la debida atención a los principios fundamentales de no discriminación, participación, empoderamiento y responsabilidad.

Por lo tanto, el Derecho internacional de derechos humanos crea las bases para una “protección complementaria”, es decir, una protección basada en los derechos humanos, adicional a la prevista por la Convención sobre los Refugiados de 1951 y a cualquier otra propuesta de protección que pueda surgir. Es el mínimo común denominador de la dignidad de cualquier persona. Así, en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, es preciso que los Estados reconozcan, ante todo y como norma, los derechos civiles y políticos de “todos los individuos en su territorio y sujetos a su jurisdicción, sin distinción” (artículo 2). Además, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también de 1966, garantiza los derechos sociales, económicos y culturales de todas las personas sin discriminación. Al respecto, esos pactos aseguran la aplicabilidad a los migrantes de los derechos fundamentales, incluido el derecho a la vida, entre otros derechos básicos, el derecho a un nivel adecuado de vida y de salud²³.

Una de las consecuencias más importantes de esta protección complementaria es la prohibición de devolución a una situación de riesgo real, de privación arbitraria de la vida o de tratos inhumanos o degradantes. Aquí también la cuestión es determinar si huir de los impactos del cambio climático puede alcanzar el umbral de protección establecido en la existente jurisprudencia sobre derechos humanos. Sin embargo, a nivel nacional la práctica de numerosos países en la concesión de algún tipo de permiso de permanencia para las personas que huyen de desastres naturales se apoya en la idea de que esas personas están en necesidad de protección internacional, aunque sólo sea temporalmente, como es el caso de Ioane Teitiota y su familia.

Aunque, en teoría, cualquier violación de los derechos humanos podría dar lugar a una obligación de no devolución, en la mayoría de

los casos será prácticamente imposible para un solicitante establecer que el control sobre la migración fue desproporcionado en relación con cualquier incumplimiento de un derecho humano.²⁴ Esto es porque, a diferencia de la absoluta prohibición de devolver a alguien a un lugar donde estaría sujeto a tratos inhumanos o degradantes, la mayoría de las disposiciones de derechos humanos permiten una prueba de equilibrio entre los intereses del individuo y los del Estado, y colocan así la protección de la devolución fuera del alcance en todo, excepto en los casos más excepcionales.

Por lo tanto, aunque la violación de derechos humanos, como el derecho a un nivel de vida adecuado, pueda considerarse como una forma de trato inhumano y que dé lugar a la protección internacional, la cuestión es determinar si se considera que esas violaciones, que no son infligidas por el Estado del que se huye, dan lugar a la protección o si se consideran como malos tratos que dan lugar a una obligación de protección por parte de un tercer Estado.²⁵ La jurisprudencia ha determinado el significado de “trato inhumano o degradante”, en el sentido de que no se le puede usar como un remedio para la pobreza general, el desempleo o la falta de recursos o de atención médica, excepto en las circunstancias más excepcionales.²⁶ Y a pesar de que esta jurisprudencia existente no impide que los impactos climáticos sean reconocidos como una fuente de tratos inhumanos,²⁷ parece en gran manera inadecuado a la situación de los desplazamientos inducidos por el clima, en los que la responsabilidad del desplazamiento es muy difusa, atribuible a un gran número de Estados contaminantes durante muchos años, en lugar de malos tratos directos de algún gobierno determinado hacia una persona en particular y la gran cantidad de personas desplazadas puede requerir soluciones determinadas en grupo, en lugar de soluciones individuales.

Además, a diferencia de la protección tradicional, que responde a la huída de un daño infligido o sancionado por el Estado de origen, la protección que se busca para los movimientos forzados inducidos por el clima es la inversa: las personas pueden exigir protección en los Estados industrializados precisamente porque ellos tienen la responsabilidad de ayudar a quienes han sufrido como resultado de sus emisiones a lo largo del tiempo.²⁸

Considerando que la potencial reubicación planificada de poblaciones enteras puede ser necesaria, sobre todo en el caso de los pequeños Estados insulares en desarrollo, la dignificación del movimiento poblacional debe garantizar el disfrute de los derechos pertinentes y la seguridad de quienes son reubicados. Estos derechos comprenden los derechos a disfrutar y practicar la cultura y las tradiciones propias y de continuar ejerciendo los derechos económicos en sus áreas o países de origen. En particular, los individuos deben tener acceso a información sobre las razones y procedimientos de su movimiento y, cuando sea pertinente, sobre la compensación y la reubicación.²⁹

El respeto de la dignidad de estas personas debe partir por su participación en la planificación y gestión de cualquier movimiento planeado y de disfrutar de sus derechos a la vida, la dignidad, la libertad, la seguridad y la autodeterminación. Las decisiones sobre dónde, cuándo y cómo reubicar a las comunidades tienen que ser sensibles a las identidades y las fronteras culturales y étnicas para evitar posibles tensiones y conflictos. También tienen que salvaguardar los medios de vida sostenibles, las tradiciones, el acceso a la tierra y el respeto de los derechos sobre la tierra y la herencia. Los intereses de las personas con vulnerabilidades particulares, por ejemplo, adultos mayores, indígenas, minorías étnicas y personas con discapacidad, tienen que ser reconocidos en todas las etapas de cualquier proceso de reubicación. Todos estos derechos son especialmente relevantes, pero las necesidades e intereses de las comunidades de acogida también deben ser respetados y cuidadosamente equilibrados en este proceso.

El contexto del cambio climático, sin duda, plantea cuestiones particulares en torno a las responsabilidades estatales compartidas y a la cooperación internacional, en razón sobre todo de la distinta responsabilidad en provocar la alteración climática.

El impacto del cambio climático sobre las poblaciones más vulnerables en desarrollo resulta claro, así como la contribución de los países más industrializados, que con el mal uso de los recursos naturales, les que corresponde proporcionar una compensación y respetar los derechos de la población afectada, que se ve forzada a abandonar sus tierras. En respuesta a esta responsabilidad, el principal aunque no exclusivo deber y responsabilidad de los

Estados es prevenir y proteger a las personas del desplazamiento, mitigar sus consecuencias, proporcionar protección y asistencia humanitaria y encontrar soluciones duraderas.

En su Opinión Consultiva OC-18/03, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decretó que:

...la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, independiente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía de goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.³⁰

Según la ONU, la migración es un derecho cuando se especifica que el individuo migrante busca condiciones de vida dignas y calidad moral. En el artículo 13.1 de la Declaración Universal de los derechos humanos se reconoce “el derecho que toda persona tiene a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”. Si la migración es un derecho, y además, en este caso una necesidad de supervivencia, no se debería criminalizar a quienes lo ejercen. Por lo tanto, la con el fin de garantizar este derecho es necesario que las políticas migratorias salvaguarden la dignidad de quienes migran y que se orienten a organizar la migración climática a fin de minimizar sus efectos sobre los derechos humanos de las personas afectadas y asegurar que no se agrave su vulnerabilidad debido al proceso de migración³¹. Al respecto, los Estados de destino tienen la obligación, en este sentido, de no discriminar y de adoptar políticas que aseguren la igualdad efectiva entre los migrantes y la protección de sus derechos más fundamentales.

Así, garantizar un proceso de migración que salvable la dignidad de las personas migrantes es fundamental para evitar el abuso de sus derechos, especialmente, cuando se trata de los migrantes indocumentados. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 2003³² aplica explícitamente los derechos elaborados en la Carta Internacional de Derechos Humanos a la situación concreta de los trabajadores migrantes y los miembros

de sus familias. La Convención, que entró en vigor en 2003, ha sido ratificada hasta ahora por 45 Estados. Desgraciadamente ni un solo país de destino de migrantes ha ratificado la Convención. Otros convenios, que han sido negociados bajo los auspicios de la Organización Internacional del Trabajo, contienen importantes disposiciones a tener en cuenta y que reafirman los derechos humanos de los migrantes³³.

b) Avances en la protección alternativa para los migrantes forzados por causas ambientales

La carencia e inadecuación de una regulación específica, ha generado una serie de propuestas para dar respuestas adecuadas a estas personas. La mayoría de estas propuestas, surgidas de diferentes sectores doctrinales son: la posible adopción de un tratado internacional específico en la materia; un nuevo Protocolo específico a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio climático; la Iniciativa Nansen y los Principios de Península.

Sin duda, de las dificultades de aplicar instrumentos internacionales ya existentes surge la idea de crear una nueva convención para proteger de manera explícita a los migrantes ambientales. No obstante, las propuestas teóricas presentadas no han contado con el apoyo político necesario, como fue, por ejemplo, la Convención propuesta por la Universidad de Limoges para regular y proteger a las migraciones forzadas por causas ambientales.

Otra de las opciones de articulación de la protección de las personas que se encuentran en la situación de migración inducida por el cambio climático, gira entorno a la idea de adoptar un nuevo Protocolo a la CMNUCC, denominado *Protocol on Recognition, Protection and Resettlement of Climate Refugees (Climate Refugee Protocol)*. Este Protocolo a la CMNUCC se sustentaría en cinco principios básicos: la reubicación y reasentamiento planificados; el reasentamiento en lugar de asilo temporal, pues en algunos casos será imposible el retorno; los derechos colectivos para las poblaciones locales, quienes se trasladarán generalmente lo harán en grupo, poblaciones de una ciudad, región, etc.; la asistencia internacional de medidas estatales, la comunidad internacional deberá apoyar a los Estados a la hora de atender a estos migrantes; y las cargas compartidas, el cambio climático

es un problema global tanto en sus causantes como en sus consecuencias, como se ha visto anteriormente, los países industrializados tienen la responsabilidad de proteger a las víctimas climáticas. El principal problema de esta propuesta es determinar el vínculo de causalidad entre un determinado desastre natural y la migración forzada.

La propuesta existente basada en los Principios de Nansen, fue el principal resultado de la Conferencia Nansen sobre Cambio Climático y Desplazamiento en el Siglo XXI, auspiciada por el Gobierno de Noruega, en Oslo en junio de 2011. Estos Principios contienen un amplio conjunto de recomendaciones ante los retos más urgentes y complejos que genera el desplazamiento forzado de personas en el contexto del cambio climático y otros peligros ambientales y remarcan que las normas de Derecho internacional ya existentes deberían utilizarse plenamente y que se deberían solucionar las lagunas normativas y no solo internacionales, también nacionales. Por ejemplo, aunque los Principios rectores de los Desplazamientos Internos ofrecen un “marco jurídico profundo” a quienes se encuentran desplazados dentro de su propio país, su implementación no es posible sin una legislación, unas políticas y unas instituciones nacionales adecuadas. Los principios reconocen el vacío normativo que existe en lo que respecta a la protección de las personas que cruzan las fronteras internacionales a causa del desencadenamiento repentino de desastres y sugiere que los Estados y ACNUR trabajen juntos para desarrollar un marco o instrumento orientativo al respecto.

Posteriormente y con el propósito de incluir la migración ambiental en la agenda internacional, en octubre de 2012, Noruega y Suiza lanzaron en Ginebra y Nueva York, la llamada “Iniciativa Nansen”, con el fin de crear consenso entre los Estados interesados acerca del mejor modo de abordar los movimientos entre fronteras en el contexto de los desastres de evolución lenta que se producen repentinamente. La idea final es establecer un “Programa de Protección” que permita presentar una interpretación común entre los Gobiernos partícipes en él, de sus dimensiones y de los retos a los que se enfrentan los principales interesados en asuntos humanitarios; identificar buenas prácticas y herramientas para la protección de las personas desplazadas entre fronteras

en el contexto de las catástrofes naturales; establecer un acuerdo sobre los principios clave que deberían guiar a los Estados y a otros interesados relevantes en asuntos humanitarios en tres áreas como la cooperación internacional/ interestatal, en baremos de protección de las personas desplazadas y respuestas operativas; haga recomendaciones sobre los papeles y responsabilidades respectivas de los actores y principales interesados relevantes en asuntos humanitarios; proponga un plan de acción para llevar a cabo un seguimiento, la identificación de normativas adicionales y el desarrollo institucional y operativo necesarios a nivel nacional, regional e internacional. De nuevo el voluntarismo de los Estados va a condicionar el avance en la protección de estas personas.

Más recientemente, una iniciativa adoptada en este ámbito, fueron los llamados “Los Principios de Península sobre el Desplazamiento Climático dentro de los Estados”, de 18 de agosto de 2013.³⁴ Estos llamados “Principios de Península” se basan en la protección complementaria del régimen internacional de los derechos humanos y se centra en los casos de las personas que se desplazan por motivos principalmente climáticos dentro de un Estado y no a nivel transfronterizo. Establecen, además, las obligaciones de los Estados y de la comunidad internacional hacia estas personas: cumplir con sus obligaciones bajo el Derecho internacional para prevenir y evitar las condiciones que provocan el desplazamiento climático (Principio 5) y prestar asistencia para la adaptación, protección y otras medidas, garantizando la protección contra el desplazamiento climático (Principio 6).

CONCLUSIONES

Todas estas propuestas se dirigen a encontrar respuestas a una realidad internacional compleja, pero creciente y preocupante como son las migraciones forzadas por modificaciones ambientales, que en la actualidad ni el marco jurídico de las migraciones ni el del cambio climático, contemplan específicamente ni dan una respuesta satisfactoria. El objetivo principal no es otro que el de reconocer la libertad de movilidad como un derecho humano, que permite a los pueblos construir las relaciones humanas y establecer comunidades sostenibles. El ejercicio de este derecho adquiere especial relevancia en relación a la migración forzada producida por la

degradación ambiental a la que han contribuido los Estados más industrializados y más contaminadores y que genera un importante coste humano: la constante violación de los derechos humanos de aquellas poblaciones más empobrecidas y más vulnerables a la degradación ambiental.

La actual desprotección de las poblaciones migrantes, forzadas a cambiar el lugar de su residencia de forma permanente, requiere una respuesta internacional, basada en la cooperación y en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos. En este sentido, quizás la solución más adecuada no debe venir necesariamente por una novedad jurídica, sino de una voluntad política de cooperar y de establecer un marco de protección adecuado y suficiente para prevenir y/o responder a las crisis humanitarias generadas por la degradación del medio ambiente. El marco jurídico internacional

relativo al estatuto de refugiado, desplazamiento y apátrida, en su conjunto, debe interpretarse y aplicarse considerando el Derecho internacional de los derechos humanos.

Así, los retos que plantea la migración forzada en el contexto de la degradación ambiental exige la necesidad de adoptar un nuevo enfoque estratégico de las políticas, un replanteamiento de las categorías de derechos humanos correspondientes a los migrantes, así como el establecimiento eventual de mecanismos de protección para las personas que se ven forzadas a trasladarse.

En todo caso, será interesante ver cómo estas distintas iniciativas van evolucionando, mientras la realidad de millones de personas es la de huir y sobrevivir a las modificaciones ambientales, como la familia de Ioane Teitiota.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO MENANTEAU, P., "Desplazados ambientales, Globalización y Cambio Climático: Una mirada desde los Derechos Humanos y los Pueblos", disponible en línea en: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/doc_de_trabajo_ndeg12_desplazados_ambientales_globalizacion_y_cambio_climatico_diciembre_2011_final.pdf.
- BELLO, G., "Alteridad, vulnerabilidad migratoria y responsabilidad asimétrica". *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 2010.
- BORRAS PENTINAT, S., "Refugiados ambientales: el nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIX, Nº. 2, 2006, pp. 85-108.
- CAMPBELL, J., "Climate-Induced Community Relocation in the Pacific: The Meaning and Importance of Land". *Climate Change and Displacement: Multidisciplinary Perspectives* (J. McAdam, editor), 2010.
- CANEY, S., "Cosmopolitan Justice, Responsibility, and Global Climate Change". *Leiden Journal of International Law*, v. 18, 2005.
- CASTILLO, J. M., *Migraciones ambientales. Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI*, Virus editorial, 2011.
- CRIPPS, E., "Where we are now: Climate Ethics and Future Challenges". 2 *Climate Law*, 117, 2011.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA (IFRC), *World Disasters Report 2013: Focus on technology and the future of humanitarian action*. Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Geneva, 2013.
- FERRIS, E., *Planned relocations, disasters and climate change. Conference on Climate Change and Migration in the Asia-Pacific: Legal and Policy Responses*, Sidney, 10-11 November 2011.
- FORESIGHT, *Migration and Global Environmental Change*. Final Project Report. The Government Office for Science. London, 2011.
- GARDINER, S. M., CANEY, S., JAMIESON, D., SHUE, H. (ed.), *Climate Ethics: Essential Readings*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- GEMENNE, F., BRÜCKER, P., IONESCO, D., (ed.), *The State of Environmental Migration 2011*. Institute for Sustainable Development and International Relations (IDDRI) and the International Organization for Migration (IOM), Paris, 2012.
- KÄLIN, W., "Conceptualizing Climate-Induced Displacement". In *Climate Change and Displacement: Multidisciplinary Perspectives*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2010.
- KEANE, D., "The Environmental Causes and Consequences of Migration: A Search for the Meaning of "Environmental Refugees"", *Georgetown International Environmental Law Review*, 2004.
- LACZKO, F., AGHAZARM, C. (ed.), *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. OIM, Geneva, 2013.
- LOWE, D., "Refugiados climáticos: ¿quién debe cargar los costos?". *REMHU – Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.*, Brasilia, Año XXII, n. 43, jul. / dic. 2014, pp. 169-187.
- MARTIN, S., *Managing environmentally induced migration*. En: *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*. OIM, Geneva, 2009.
- McADAM, J., "Desplazamiento por cambio climático y derecho internacional: Normas complementarias de protección". Disponible en línea en: http://acnur.es/PDF/7460_20120515102220.pdf, abril 2011.
- McADAM, J., *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- McADAM, J., "Environmental Migration", in Betts, A. (ed.), *Global Migration Governance* (Oxford University Press, Oxford, 2011).
- MORTREUX, C.; BARNETT, J. "Climate change, migration and adaptation in Funafuti, Tuvalu". *Global Environmental Change*, v. 19, 2009, pp. 105-112.
- MYERS, N., "Environmental Refugees", Climate Institute of Washington D.C., 1995.
- OLIVER-SMITH, A. (ed.), "Introduction – Development-Forced Displacement and Resettlement: A Global Human Rights Crisis". In: *Development & Dispossession*. The Crisis of Forced Displacement and Resettlement. School for Advanced Research Advanced

- Seminar Series, School for Advanced Research Press, Santa Fé, 2009.
- PARK, S., *Climate Change and the Risk of Statelessness: The Situation of Low-lying Island States*, Legal and Protection Policy Research Series, Division of International Protection (ACNUR), Geneva, 2011.
- PIGUET, E., LACZKO, F., (eds.), *People on the Move in a Changing Climate: The Regional Impact of Environmental Change on Migration*. Global Migration Issues Vol. 2. Springer, Dordrecht, 2014.
- SUHRKE, A., "Environmental Degradation and Population Flows", *Journal of International Affairs*, n°. 47-2, 1994.
- SUHRKE, A., "Environmental Degradation, Migration and the Potential for Violent Conflict", in *Conflict and the Environment*, NATO Advanced Science Institute Series, Gleditsch, Nils Petter (ed.), Kluwer Academic Publisher, Dordrecht/Boston/London, 1997.
- WARNER, K., *Desplazamiento inducido por el cambio climático: Política de adaptación en el contexto de las negociaciones climáticas de la CMNUCC*, abril 2011.
- WARNER, K. *et al.*, *Integrating Human Mobility Issues within National adaptation Plans*. United Nations University – Nansen Initiative Joint Policy Brief #2, Policy Brief N°. 9. Institute for Environment and Human Security of the United Nations University (UNU-EHS), Bonn, 2014.
- WARNER, K. *et al.*, *Where the Rain Falls: Climate Change, Food and Livelihood Security, and Migration*. Global Policy Report of the Where the Rain Falls Project, CARE France and UNU-EHS, Bonn, 2012.
- WESTING, A., "Environmental Refugees: A growing category of displaced persons". *Environmental Conservation*, N° 19, 3, 1992.
- WORLD BANK, "To Relocate or Not to Relocate". *Safer Homes, Stronger Communities: A Handbook for Reconstructing after Natural Disasters*. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento / Banco Mundial, Washington, D. C., 2010.
- ZETTER, R., *Proteger a las personas desplazadas debido al medio ambiente: Desarrollar la capacidad de los marcos jurídicos y normativos*, Centro de Estudios sobre Refugiados, Informe de Investigación, febrero 2011.

NOTAS

1. La OIM define la migración como un “movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas, que incluye migración de refugiados, personas desplazadas, migrantes económicos”. Véase Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Cambio climático, degradación ambiental y migración. Diálogo Internacional Sobre La Migración*, núm. 18, OIM, Ginebra, 2012.
2. Vid. EL-HINNAWI, E., *Environmental Refugees*, United Nations Environment Programm, Nairobi, Kenya, 1985, p. 4; SUHRKE, A., VISENTIN, A., “The environmental refugee: a new approach”, en *Ecodecision*, septiembre, 1991, pp. 73-74; STOETT, P. J., *Environmental refugees: conceptual problems and international mitigation*, 1993; SUHRKE, A., “Environmental degradation and population flows”, en *Journal of International Affairs*, 47(2), 1994, pp. 473-496; VLACHOS, E., “International migration and environmental refugees”, en Ramphal, S., Sinding, S., *Population growth and environmental issue*, Wesport, Praeger, 1996; KLIOT, N., *Environment, Migration and Conflict: A Critical Review*, University of Haifa, Israel, 2000; KEANE, D., “The Environmental Causes and Consequences of Migration: A Search for the Meaning of Environmental Refugees”, en *Georgetown International Environmental Law Review*, 2004; CASTILLO, J. M., *Migraciones ambientales. Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI*, Virus editorial, 2011, p. 4. También, BORRAS PENTINAT, S., “Refugiados ambientales: el nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIX, N° 2, 2006, pp. 85-108, entre otros.
3. OIM, “Nota para las deliberaciones: la migración y el medio ambiente”, MC/INF/288, 1º de noviembre de 2007, Nonagésima cuarta reunión.
4. La definición usual de “refugiado ambiental” proviene del informe de El-Hinnawi del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente: “Environmental refugees are defined as those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporary or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life. By ‘environmental disruption’ in this definition is meant any physical, chemical and/or biological changes in the ecosystem (or the resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life”. Ver EL-HINNAWI, *Environmental Refugees*. Nairobi: United Nations Environmental Programme, 1985, p. 4.
5. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (adoptada el 28 de julio de 1951, entrada en vigor el 22 de abril de 1954) 189 UNTS 137, artículo 1 A(2), y su Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 (adoptado el 31 de enero de 1967, entrada en vigor el 4 de octubre de 1967) 606 UNTS 267.
6. Véase también Directiva 2004/83/EC del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida [2004], Diario Oficial de la Unión Europea L304/12, artículo 9.
7. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes A/67/299 Sexagésimo séptimo período de sesiones Tema 70 b) del programa provisional “Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, 13 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.acnur.es/pdf-reunionexpertos/2011-02-22.25-Resumen.pdf>.
8. Consultar Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, El cambio climático: evaluación científica del IPCC: Informe Final del grupo de trabajo I (Cambridge University Press, Nueva York, 1990); Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, Cambio climático 2007: informe de síntesis: resumen para responsables de políticas (2007) 5, 6, 12, 13.
9. Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, párr. 4, Doc. ONU HCR/MMSP/2001/09, 16 de

- enero de 2002, disponible en: www.acnur.org/biblioteca/pdf/0747.pdf.
10. ACNUR, "Desplazamiento forzado en el contexto del cambio climático: Desafíos para los Estados en virtud del derecho internacional", presentado en la sexta reunión del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención, 20 de mayo de 2009, pp. 9-10.
 11. La Convención de la OUA añade a la definición de persona refugiada que establece Ginebra que se otorgará el estatuto de persona refugiada a las personas obligadas a salir de su país de origen "(...) a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público". Y la Declaración de Cartagena también aplica la condición de refugiado a las personas cuya "(...) vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público".
 12. Ver Apelación de Refugiados N° 72189/2000, Autoridad de Apelaciones del Estatuto de Refugiados de Nueva Zelanda, 17 de agosto de 2000, párrafo 13.
 13. Ver 0907346 [2009] RRTA 1168 (10 de diciembre de 2009) párrafo 51 (Tribunal de Revisión de Refugiados de Australia).
 14. Véase, en general: McADAM, J., "Disappearing States", *Statelessness and the Boundaries of International Law*, en *Climate Change and Displacement: Multidisciplinary Perspectives*, pp. 105-130; Jane McAdam, compiladora, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2010.
 15. PARK, S. "Cambio climático y el riesgo de apatridia: La situación de los 'Estados insulares en hundimiento', *Series de Investigación: Política de Protección y Asesoría Legal*. División de Protección Internacional (ACNUR), Ginebra, 2011, p. 33.
 16. Informe sobre desarrollo humano 2007/2008: La lucha contra el cambio climático: Solidaridad frente a un mundo dividido, publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
 17. Ver el artículo 1 de la Convención de Montevideo sobre los Derechos y los Deberes de 1933.
 18. Consultar ACNUR, "Cambio Climático y apatridia: una visión general". Documento presentado para la 6ª sesión del Grupo de Trabajo Especial sobre la Cooperación a Largo Plazo (GTE - CLP) según la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), 1 al 12 de junio de 2009. Bonn, Alemania.
 19. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (adoptada el 28 de septiembre de 1954, entrada en vigor el 6 de junio de 1960) 360 UNTS 117 (Convenio de 1954), en el artículo 1 inciso 1: "A los efectos de la presente Convención, el término "apatrida" designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación".
 20. Ver el artículo 32 de la Convención de 1954.
 21. Al respecto es importante apuntar que, aunque poco ratificada e implementada, la Convención de 1961 para reducir los casos de apatridia obliga a los Estados a garantizar que ninguna persona se convertirá en apátrida como resultado de la transferencia de un territorio (artículo 10). Consultar también el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la nacionalidad, nota 91, artículo 1, que contiene el "derecho a la nacionalidad"; el artículo 4 exige a los Estados tomar medidas para prevenir la apatridia como consecuencia de la sucesión.
 22. PARDO, D. (Septiembre, 2012). "Migración internacional y derechos fundamentales". *Ideas y valores*. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-00622012000300024&lang=es.
 23. Véase la resolución 2200 A (XXI), anexo, artículos 11 y 12.
 24. Kacaj c. Secretario de Estado para el Departamento del Interior del Reino Unido [2002] EWCA Civ 314, párrafo 26, en inglés.
 25. 7 R c. Juez especial ex parte Ullah [2004] UKHL 26, en inglés; Comité de Derechos Humanos, Observación General 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto (11 de abril de 1986), párrafo 5; véase también Comité de Derechos Humanos, Observación General 18: No discriminación (10 de noviembre de 1989)
 26. D c. el Reino Unido (1997) 24 EHRR 423; N c. el Secretario de Estado para el Departamento del Interior del Reino Unido [2005] UKHL 31; ELH c. Francia (1997) 20 EHRR 29, párrafo 42; consulte también las opiniones del Comité contra la Tortura, como en AD c. Los Países Bajos, Comunicación N°. 96/1997 (24 de enero de 2000), documento de la ONU CAT/C/23/D/96/1997, párrafo 7.2.

27. R. c. Juez especial ex parte Ullah [2004] UKHL 26, en inglés; Comité de Derechos Humanos, Observación General 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto (11 de abril de 1986), párrafo 5; véase también Comité de Derechos Humanos, Observación General 18: No discriminación (10 de noviembre de 1989).
28. Esta es una variación sobre el argumento contenido en la petición de los Inuit: Petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que buscan alivio de las violaciones que resultan del calentamiento global provocado por actos u omisiones de los Estados Unidos, 7 de diciembre de 2005, disponible en inglés en : http://www.earthjustice.org/library/legal_docs/petition-to-the-inter-american-commission-on-humanrights-on-behalf-of-the-inuit-circumpolar-conference.pdf.
29. Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, Principios 7-9.
30. Ver Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, N°. 18.
31. Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Migración, medio ambiente y cambio climático: Datos empíricos para la formulación de políticas (MECLEP)*, Ginebra, julio 2014. Disponible en línea en: http://publications.iom.int/bookstore/free/MECLEP%20Glossary_SP.pdf. Consultado el 3 de marzo de 2015.
32. Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2220, núm. 39481.
33. Por ejemplo, el Convenio relativo al empleo (revisado) (1949, OIT C97); Trabajadores migrantes (Disposiciones complementarias), Convenio, 1975 (OIT C143).
34. Texto completo disponible en: Los Principios de Península sobre el Desplazamiento Climático dentro de los Estados, 18 de agosto de 2013. Consulta en línea: <<http://displacementsolutions.org/wp-content/uploads/Peninsula-Principles-Spanish.pdf>>. Fecha de consulta: 24/08/2015.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN SERIO

Verónica Lidia Martínez Martínez

Licenciada en Derecho con Mención Honorífica, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; Especialista en Derecho Social y Maestra en Derecho, ambos grados obtenidos con Mención Honorífica en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; Candidata a Doctora en Derecho; Miembro de la Academia Mexicana de Derecho de la Seguridad Social.

RESUMEN

Partiendo de las repercusiones que provoca el liberalismo, socialismo y neoliberalismo en la concepción de los derechos humanos, el presente trabajo analiza la universalidad, bidimensionalidad, onerosidad, estructura y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que la comunión de tales aspectos, nos permite concluir que no existen diferencias radicales entre derechos individuales y sociales, sino relaciones profundas y necesarias.

Palabras Clave

Liberalismo; socialismo; neoliberalismo; derechos civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales; interdependencia e indivisibilidad.

1. REPERCUSIONES DEL LIBERALISMO Y DEL SOCIALISMO EN LOS DERECHOS HUMANOS

La más conocida y usada clasificación de los derechos humanos es la que los agrupa por generaciones. Así, encontramos que la primera generación concentra a los derechos civiles y a los políticos (DCP), al ser producto del liberalismo que imperó en el último tercio del siglo XVIII.¹ Por su parte, el surgimiento de los derechos económicos, sociales y culturales –en adelante DESC– al ubicarse a finales del siglo XIX y primer tercio del XX,² ha provocado que se les clasifique como derechos pertenecientes a la segunda generación, encargándose la realidad de convertirlos en derechos de segunda clase.³

Cada generación nace inmersa en las ideas filosóficas y políticas vigentes en cada momento histórico, además de que tratan de responder a las

circunstancias que impulsan su desarrollo.⁴ De esta manera, los derechos de primera generación –producto del individualismo liberal– hacen referencia al hombre como concepto, sustancia y fin⁵, del que se pueden predicar determinados atributos que constituyen los bienes a tutelar por los derechos humanos, en tanto son necesarios a la condición de persona y encarnan su dignidad.⁶

El liberalismo convierte al individuo en un ente autosuficiente, inviolable⁷ y emancipado con derechos que, al ser innatos y anteriores a la sociedad, requieren del poder del Leviatán para que los respete, garantice y evite su transgresión. En esta concepción, influenciada por el naturalismo de corte racional e idealista, los derechos civiles y políticos son auténticos derechos subjetivos que poseen una dimensión negativa, siendo inadmisibles la derivación de posiciones de derecho fundamental que tuvieran como objeto una prestación a cargo del Estado.⁸

De lo anterior resulta que el poder público a través de las leyes positivas –guiadas por la ley-madre que dicta: No hagas nunca daño a tu prójimo– debe garantizar el disfrute y goce de los derechos individuales, con especial atención en la libertad y la propiedad.

Para los liberales, la ley no era enemiga de la libertad.⁹ Aquellos ordenamientos que inoportunamente estorbaban la libertad de los ciudadanos se consideraban contrarios al fin de cualquier sociedad y debían ser abolidos¹⁰ de inmediato, al existir, de acuerdo con la corriente fisiócrata, la supremacía de la sociedad civil sobre el poder público que deviene en una radical escisión entre tales entes y favorece la dicotomía entre derecho público y derecho privado así como entre sus fuentes supremas: la ley y el contrato, respectivamente, siendo objeto del primer tipo de derecho velar por el interés público, pero sin

intervenir en los ámbitos económico y social de los que se ocupa el derecho privado.

Las principales objeciones a la interferencia del Estado se apoyan en las siguientes razones:¹¹

- Es probable que lo que se va a hacer pueda hacerse mejor por los individuos que por el gobierno. Nadie hay tan adecuado para llevar a cabo cualquier asunto o para determinar cómo o por quién debe efectuarse, como los personalmente interesados.
- Cuando los individuos se encargan de sus propios asuntos se refuerzan sus facultades activas de ejercitar su criterio y familiarizarse con los conocimientos de los asuntos que tengan que tratar. Los individuos son los mejores jueces de sus propios intereses.
- Al gran mal de aumentar innecesariamente la fuerza del Estado. Todo acto que aumenta las funciones estatales provoca que su influencia sobre los temores y esperanzas se difunda más extensamente, y convierte cada vez más la parte activa y ambiciosa del pueblo en dependiente del gobierno o en un partido que trata de convertirse en gobierno.

Lo anterior pone de manifiesto que es prioritaria la desaparición del Estado interventista que entorpece la producción de bienes y servicios. Se trata de que el aparato estatal asuma su papel de vigilante y sólo se mezcle en los asuntos privados de los ciudadanos, cuando un individuo transgreda los derechos de otro ser humano, o como mucho, sólo ha de ocuparse de aquellas funciones económicas que, por no ser lucrativas, son despreciadas¹² por los particulares, confiados en que la mano invisible del mercado provocaría un creciente bienestar social para todos los individuos.

Sin embargo, al imperar la menor intervención del Estado en atención a la fórmula francesa *laissez faire, laissez passer*, se desencadenó la desprotección e inclusión para aquellos que no podían acceder a un buen empleo, por lo que la historia demostró que esta tesis estaba equivocada, pues las grandes crisis económicas del capitalismo evidenciaron que el modelo liberal burgués no sólo engendraba injusticia social, sino que era el causante de los desequilibrios sociales.

La solución a esas marcadas desigualdades sociales, desde la estructura política, se dio con la transformación del viejo modelo del Estado liberal

mínimo en un Estado social que, al constituirse como un ente legislativo y administrativo, asume entre sus responsabilidades la redistribución de la riqueza y el deber de garantizar a todos los individuos mínimos de subsistencia material y bienestar con la necesaria restricción del libre juego de las individualidades.

De acuerdo con Gens Alber, las principales justificaciones del surgimiento del Estado social pueden dividirse en pluralistas y marxistas, y éstas, a su vez, se subdividen en funcionalistas y conflictualistas.¹³

Para la corriente pluralista funcional, el Estado social surge como una respuesta a necesidades objetivas suscitadas por la modernización socio-económica, es decir, en la medida en que el sistema económico va evolucionando y los trabajadores se especializan y buscan emigrar a las ciudades, por lo que el sistema político debe responder a través de la generación de los contenidos característicos del Estado social. Wilensky, Lebeaux y Forsthooff sobresalen como los principales exponentes de esta teoría.¹⁴

El punto de vista pluralista de corte conflictual -sostenido por Marshall y Heimann- afirma que el Estado social es el producto de la presión política de los sectores más desfavorecidos, posible gracias a la ampliación del sufragio y al ejercicio de los derechos de reunión y asociación que posibilitan una acción más eficaz de la clase obrera a través de los sindicatos¹⁵ y partidos políticos de izquierda.

Por su parte, la corriente marxista-funcionalista -representada por Müller, Offe y O' Connor- establece que el surgimiento del Estado social se debe a ciertas exigencias estructurales del capitalismo maduro. Entre esas exigencias sobresale la necesidad de asegurar el mantenimiento del Estado de derecho, la reproducción de la fuerza de trabajo e integrar al movimiento obrero dentro del sistema, abortando la amenaza de acudir a la vida revolucionaria o al control del nacionalsocialismo, por lo que al Estado social se le concibe como un componente más del sistema, es decir, como una consecuencia del mantenimiento de la contradicción capitalista en una fase nueva de ese modo de producción.¹⁶ A estos factores se adicionan la modificación del concepto de pobreza, en la medida en que se impone una visión de ésta como problema estructural de hondos raíces sociales y económicas,¹⁷ lo que

deviene en el ocaso de la apatía estatal en los ámbitos económico y social.

Bajo esta luz, los movimientos obreros y el socialismo surgen como un modelo correctivo del sistema liberal¹⁸ individualista, cuyo objetivo era impedir la propagación de las ideas socialistas que proliferaron a partir de la Revolución Rusa en 1917, el Tratado de Versalles de 1919 y en este mismo año el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo, los cuales contribuyen al espectacular desarrollo del derecho del trabajo y de la seguridad social como paliativos del exacerbado liberalismo que encuentra en el socialismo su antídoto.

Mientras tanto la visión marxista conflictualista, patrocinada por Korpi, Ginsburgh y Gough, establece que el Estado social es el resultado de una serie de conquistas del proletariado y constituye un episodio intermedio en la lucha de clases.¹⁹

Las variadas perspectivas de origen marxista se reparten entre la explicación del Estado social como exigencia del proceso de acumulación del capitalismo y aquellas otras que lo sitúan en clave multicausal dependiente, tanto del desarrollo del conflicto social básico, como de los requerimientos económicos que servirán para evidenciar la contradicción entre acumulación-legitimación, siendo precisamente el Estado social el paliativo para mediar tal contradicción a través de una política presupuestaria destinada a financiar la reproducción y condiciones de la fuerza de trabajo (Gough, Bowles, Wolfe, etc.),²⁰ toda vez que los problemas sociales del Estado ante las crisis económicas en el Continente Americano y en Europa se agudizan porque no presta asistencia y cuenta con poco margen presupuestario para superarlas.

A pesar de la diversidad de corrientes que discrepan respecto al origen del Estado social, este modelo es producto de la convergencia de tres condiciones básicas:²¹

- El individuo es incapaz de satisfacer por sí solo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas.
- Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual.
- Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo

de bienestar; si el Estado no cumpliera con esa obligación, se pondría en duda su legitimidad.

Es así que, al deberse el surgimiento del Estado social a su papel providencial como nivelador de las desigualdades derivadas de la libre contratación y la negociación en un ámbito de libertad, una de sus principales tareas es conjugar el crecimiento económico y tener una cierta sensibilidad social, dinamismo económico²² con el acompañamiento de los derechos sociales. Esto significa que el poder público ha de hacerse cargo de la prestación de servicios, tales como educación, sanidad, asistencia social, empleo pleno, seguridad social, que en el modelo liberal eran asunto de la iniciativa privada o de las organizaciones benéficas.

Esta nueva faceta del Estado -resultado de la estatalización de la sociedad y de la socialización del Estado-²³ constituye el más claro ejemplo del Estado intervencionista o, en palabras de Norberto Bobbio, del Estado total,²⁴ porque no deja espacio alguno fuera de sí mismo, provocando con ello que la esfera pública prevalezca sobre la privada y surja la noción de servicio social, cuya finalidad no es otra que la de atender las cada vez mayores demandas de bienestar por parte de la ciudadanía.²⁵

Debido a que la teoría de los derechos fundamentales en el Estado social se basa en el concepto de necesidad a que alude Tugendhant²⁶ y en la visión del individuo como un ente necesitado, a los DESC se les reconoce como derechos positivos, de crédito o prestacionales de carácter oneroso a cargo de los poderes públicos o de quien resulte obligado, cuyo contenido obligacional consiste en dar bienes o proporcionar servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello.²⁷

Precisamente, es en aras de la justicia social vinculada a las relaciones reguladas por el derecho social que en la Constitución se regulan materias que en el Estado liberal se encomendaban a las leyes ordinarias o eran reglamentadas bajo la figura del contrato, tal es el caso de la estructura y del funcionamiento de la actividad económica que, al codificarse en el texto constitucional, dio lugar a la denominación helleriana de Constitución económica, además de que la inclusión de normas de naturaleza social constituye una de las características más definidas de la etapa del constitucionalismo

que recibe comúnmente el nombre de constitucionalismo social.²⁸

De hecho, bajo los valores de la equidad, solidaridad, justicia distributiva e igualdad material o sustancial que implican derechos no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada,²⁹ en el Estado socialista proliferan las normas jurídicas *ad hoc* que, si bien se producen para atender necesidades inmediatas, son derogadas ante el surgimiento de nuevas necesidades.

Lo anterior, en palabras de Zagrebelsky, se ha denominado como pulverización o particularismo de la ley, precisamente³⁰ por existir un abandono de los principios de generalidad y abstracción –como fuente de inspiración de la noción de ley en el Estado decimonónico o Estado legalista de derecho– y proliferar un sinnúmero de leyes-acto³¹ que se muestran propicias a lo que Ferrajoli califica como espacios de legalidad atenuada³² y decisionismo administrativo en un entorno de componentes discrecionales, paternalistas y clientelistas propicios para que se fortalezca la falaz concepción de los derechos sociales como principios de naturaleza esencialmente política, o bien meros privilegios en favor de aquellos sectores en condiciones de acceder al mercado laboral formal,³³ con un carácter programático, particular e injusticiable que contrasta con la universalidad y justiciabilidad de los DCP.

2. NEOLIBERALISMO VS DERECHOS SOCIALES

Los ataques medulares al Estado de bienestar se presentan en 1970 de parte de la corriente neoliberal ante los problemas que presentan las economías mundiales, el crecimiento incontrolado del aparato burocrático administrativo que, además de ser incompatible con el desarrollo económico³⁴, carece de legitimidad y eficacia para resolver los problemas de una sociedad capitalista compleja. La batuta del retorno del liberalismo la toman en 1980 el Partido Conservador encabezado por Ronald Reagan en Estados Unidos y Margaret Thatcher, ésta última influenciada por la ideas de Ludwig Von Mises y Friedrich Von Hayek.

Un aspecto que favorece el neoliberalismo es el fracaso del sistema de economía planificada de los países del Este de Europa, debido a las excesivas demandas sociales y el incontrolable aumento del aparato estatal, que provoca un incremento también incontrolable de gastos improductivos que ciega la dinámica natural del mercado.³⁵

A los anteriores factores se adicionan la puesta en marcha de la Perestroika de Mijaíl Serguéyevich Gorbachov que aniquila el sistema comunista y da paso a la desintegración de la Unión Soviética y del bloque socialista de naciones aunados a la caída del muro de Berlín, la pérdida de legitimidad de los partidos de izquierda en Europa Occidental, la pusilanimidad política así como la crisis del consenso que sostenía al tradicional Estado de Bienestar para dar lugar al avance de las teorías neoliberales, que en el caso de Latinoamérica, se apoyaron en un nuevo consenso denominado Consenso de Washington,³⁶ cuyos puntos medulares son:

- La liberalización comercial, financiera y de las tasas de interés
- El fomento de la inversión extranjera y la desregulación de los mercados
- El reordenamiento de las prioridades del gasto público con apoyo en las reformas tributarias, monetarias y laborales.
- La mercantilización de casi todos los ámbitos de la vida³⁷
- La instauración de una política de la privatización que, inspirada por la escuela de los derechos de propiedad,³⁸ sostiene que la problemática de las empresas públicas se debe a los siguientes factores:³⁹ i. No son maximizadoras de los ingresos o riqueza de los propietarios. ii. Retomando el ideal del pensamiento liberal se considera que únicamente los individuos son racionales y maximizadores de su utilidad. iii. Incurren sistemáticamente en ineficiencia económica, pues sus decisiones están guiadas prioritariamente por intereses políticos y secundariamente económicos.

De esta manera el neoliberalismo, cuyas principales fuentes se encuentran en la Escuela Austriaca de Economía, la Escuela de Chicago, la Escuela de Virginia de Elección Pública, el pensamiento de Robert Nozick y la Escuela anarco-libertaria, se revela como un modelo

liberalista en lo económico, pero profundamente antiliberal en el terreno político y social. Así, lo confirman el abatimiento de los salarios, la flexibilidad laboral, la precariedad de las relaciones laborales ante la presencia de contratos por tiempo determinado o por honorarios que hacen imposible la obtención de prestaciones laborales y una jubilación que asegure una vejez digna y decorosa para el trabajador, la ausencia de seguridad social, así como la restricción de las funciones y prestaciones públicas de naturaleza social y asistencial por considerarlas un “despilfarro de dinero” que compromete los fondos públicos y provoca un déficit en la economía.

Calificadas como inútiles e inservibles las tesis de los críticos de “sociedad de masas,”⁴⁰ el neoliberalismo es el principal opositor del Estado social pues, al retornar la vieja fórmula del Estado gendarme, permite la reducción del gasto público que deviene en el desmantelamiento de los servicios públicos, la consolidación del poderío del sector empresarial nacional y de las empresas transnacionales con fuertes tendencias hacia la ruptura de la cohesión social ante el “achicamiento”⁴¹ del Estado⁴², provocado en gran medida por el desplazamiento de las decisiones en materia militar, política monetaria y política social del ámbito democrático hacia los poderes supraestatales, a los poderes de otros Estados, a los llamados órganos o autoridades independientes –bancos centrales, agencias, comisiones reguladoras⁴³ o, lo que es peor todavía, a los poderes económicos del mercado que no responden al electorado.

Lo anterior, bajo un entorno jurídico en el que prepondera el contractualismo e identifica a la *lex mercatoria* como la nueva *grundnorm* del actual derecho globalizado, provoca el retorno del derecho común privado que se reafirma como el único derecho ante el vacío del derecho público producido por la crisis de los Estados nacionales y de sus funciones de tutela de los derechos e intereses generales.⁴⁴

3. UN BINOMIO PERFECTO: DERECHOS SOCIALES Y DERECHOS INDIVIDUALES

La disimilitud que existe entre liberalismo, socialismo y neoliberalismo ha sido la principal promotora de la visión dicotómica de los derechos humanos que distingue a los DCP

de los DESC, atribuyendo a estos últimos la siguiente caracterización:

- Los derechos sociales no son universales, sino particulares de cierto tipo de sujetos y relativos a cierto tipo de relación social.
- Los derechos sociales presentan una dimensión positiva.
- Los derechos sociales son onerosos.
- Los derechos sociales no son derechos subjetivos.
- La injusticiabilidad de los derechos sociales.

Procedamos al análisis de cada uno de estos aspectos.

3.1 Universalidad

El gran invento jurídico-político de la modernidad reside, precisamente, en haber ampliado la titularidad de los derechos humanos a todos los hombres por el mero hecho de su nacimiento. En este sentido la universalidad de todos los derechos humanos –reconocida en la Declaración adoptada en Viena el 25 de junio de 1993– significa intrínseca con relación al hombre en cuanto ser humano,⁴⁵ sin que sea necesario título específico para adquirirlos. Sencillamente, la universalidad de los derechos humanos proviene de nuestra común humanidad, y de su relación umbilical con la dignidad del ser humano.

Al abordar el tema de la universalidad resulta obligada la referencia a dos procesos históricos de los derechos humanos: la generalización y la especificación. El primero, en lo básico, supone la extensión de la titularidad de los derechos a sujetos y colectivos que no los poseían.⁴⁶ Los derechos individuales nacieron sin la nota de universalidad; en la realidad su titularidad correspondía a la burguesía, siendo el mérito del proceso de generalización la compaginación de la idea de igualdad formal con la de universalidad, para con ello extender la titularidad de los derechos a todos los sujetos.⁴⁷

Conectado con la generalización, el proceso de especificación –que Bobbio destacara en un avance del historicismo sobre el racionalismo–⁴⁸ se produce en relación con los contenidos y los titulares de los derechos.⁴⁹ Este proceso, tratándose del primer tipo de relación, se caracteriza por la aparición de nuevos derechos tales como el medio ambiente, el desarrollo

o la paz.⁵⁰ Mientras que la especificación, en lo referente a los titulares, consiste en asignar derechos a sujetos específicos o que se encuentran en determinadas circunstancias, como sucede con los derechos laborales, los derechos sindicales, los derechos de las personas de la tercera edad o con capacidades especiales.

En este último caso, la universalidad se encuentra presente, en términos de generalización,⁵¹ al extenderse a todos los individuos pertenecientes a un determinado conjunto o grupo⁵² definido por el derecho sin excepción, no porque ese conjunto necesariamente se identifique con la humanidad.⁵³ En cambio, la especificación se relaciona con supuestas situaciones de desventaja respecto a determinados bienes que otros colectivos tienen satisfechos o protegidos a través de ciertos instrumentos.⁵⁴

Es deseable la generalización de los DESC, sin embargo el que ciertos derechos universales se prediquen de los seres humanos que se encuentran en ciertas ocasiones, o que su disfrute dependa de una cierta configuración ocasional, no es un óbice para negar su carácter universal. Si la universalidad de los derechos consistiera en que el derecho en cuestión debe ser actualmente disfrutado por todos los seres humanos, sea cual sea la ocasión en que se encuentren, entonces algunos derechos individuales clásicos no son, ni han sido nunca, universales y, en consecuencia, no serían derechos humanos,⁵⁵ como acontece en el caso de los derechos de propiedad y participación política.

3.2 Bidimensionalidad

El mitológico criterio que distingue a los DCP de los DESC es el que reconoce que el primer tipo de derechos genera únicamente deberes de abstención a los Estados, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implican toda una gama de actuaciones positivas financiadas por el aparato estatal con recursos públicos.

El reduccionismo de la anterior distinción se derrumba ante la estructura compleja que presentan todos los derechos humanos que requieren necesariamente de acciones positivas y negativas. Varios de los derechos civiles y políticos no pueden ejercerse ni alcanzar su plenitud sin una prestación positiva del Estado, como ocurre con la organización de los servicios

de administración de justicia, los derechos políticos, de propiedad y de seguridad jurídica.

De igual manera, los DESC incluyen derechos prestacionales o de carácter positivo como derechos negativos, lo cual, como apunta Ingo Wolfgang, dependerá de la naturaleza de la posición jurídico-subjetiva reconocida al titular del derecho.⁵⁶ Así, tenemos que mientras determinados derechos sociales, como el de educación, vivienda salud y seguridad social involucran acciones positivas y negativas a cargo del legislador y la administración, por el contrario existen otros derechos que requieren de abstenciones por parte del Estado, como ocurre en el caso de los derechos de sindicalización y huelga.

Básicamente, el deber de respeto de los DESC presenta una dimensión objetiva y subjetiva.⁵⁷ Desde el primer punto de vista implica la obligación de que las medidas legales que afecten instituciones y servicios públicos en materia, por ejemplo, de educación, asistencia sanitaria, seguridad social o vivienda, respeten siempre el núcleo esencial del derecho en cuestión, pues al servir para identificar a las instituciones en un determinado contexto, por tanto queda vedada toda regulación que suponga su aniquilamiento o su velada desnaturalización.

Por su parte, el punto de vista subjetivo comporta la consideración de los derechos sociales no sólo como expectativas de prestaciones, esto es, como derechos positivos, sino también como derechos negativos que obligan al legislador y a la administración a no privar a las personas de recursos básicos que éstas hayan obtenido sin arbitrariedad, por sí mismas, de terceros o del propio Estado, además de evitar la aplicación de disposiciones o políticas que signifiquen un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de los derechos protegidos (deber de progresividad y prohibición de regresividad).

Tratándose de la dimensión negativa de los DESC, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo o regresivo, es decir, las que deliberadamente reducen el nivel de ejercicio del derecho ya alcanzado, deben justificarse.⁵⁸

3.3 Onerosidad

Conforme a lo expuesto en el anterior apartado, todos los derechos legalmente protegidos, al requerir de acciones positivas para

asegurar su cumplimiento, consecuentemente ostentan el atributo de la onerosidad. Basta con observar que, en la realidad, los derechos de libertad y propiedad requieren de instaurar garantías de seguridad confiadas a las funciones de policía⁵⁹ que hacen inevitable la erogación de recursos con cargo al erario. Incluso los derechos al debido proceso y los derechos políticos -entre los que destaca el financiamiento de los partidos políticos, la organización de las campañas electorales y de las operaciones de voto- exigen para la esfera pública el otorgamiento de prestaciones positivas que, en la mayoría de los países, representan una parte importante del Presupuesto de Egresos.

Ante la preponderancia del carácter prestacional de los DESC se les ha identificado indebidamente como derechos costosos, lo cual intenta controvertir, por una parte, la universalidad de este tipo de derechos al hacerles depender de manera primordial de las circunstancias económicas y, por otra parte, aporta argumentos en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales que analizaremos en el siguiente apartado.

La denominada condicionante económica⁶⁰ reside en que la eficacia de los derechos sociales se encuentra supeditada a la “reserva de lo económicamente posible,” entendida como gradualidad, como dimensión lógica necesaria de la concretización de los derechos sociales, teniendo en cuenta, sobre todo, los límites

financieros.⁶¹ Sin embargo, tal contrariedad pierde fuerza al haber puesto de relieve el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes, dadas las circunstancias reinantes.⁶²

Y es que, si bien la onerosidad prevalece como constante en todos los derechos humanos, ellos son factores o presupuestos del crecimiento económico. Por tanto, sus violaciones no sólo producen una degradación de las condiciones de vida de las personas,⁶³ sino sobre todo, en el caso de los derechos sociales, su incumplimiento provoca la destrucción de energías aunada a una reducción de la productividad y la riqueza.

3.4 Derechos sociales como derechos subjetivos

De acuerdo con Kelsen -influenciado por Kant-, los derechos subjetivos tienen dos connotaciones. La primera es la del deber concerniente al sujeto en relación con su titular, o sea, lo que el jurista austriaco de origen checo denomina norma primaria. La segunda acepción de derecho subjetivo es la del deber que, en caso de violación, incumbe a un juez aplicar la sanción, es decir, lo que Kelsen llama norma secundaria. Lo anterior se expresa de la siguiente forma:

Norma Secundaria		Norma Primaria	
Si A es	debe ser B	Si B no es	debe ser C
Hecho condicionante,	Consecuencia	Inobservancia	Sanción Segunda
Supuesto normativo o	condicionada,	de la norma	consecuencia del
Hipótesis	deber jurídico o		derecho
	Disposición		

De ahí que sólo existe una pretensión, como acto jurídicamente eficaz, cuando existe un derecho subjetivo, al que Kelsen define como un poder jurídico de un individuo de lograr una acción en caso de incumplimiento de la obligación jurídica adoptada en su favor.⁶⁴ En este tenor, los derechos sólo pueden hacerse efectivos ante los tribunales por parte de su titular, si los tribunales pueden establecer que se ha violado la norma que garantiza el derecho.⁶⁵

Es a partir de la equivocada identificación -que hacen autores como Kelsen y Reine

Rechtslehre- del derecho con sus garantías que se reputa a los derechos sociales como enunciados programáticos,⁶⁶ derechos imperfectos,⁶⁷ derechos de papel⁶⁸ o derechos disminuidos ante su falta de justiciabilidad o accionabilidad⁶⁹ en términos habermasianos.

Básicamente, los derechos subjetivos se caracterizan por la existencia de una norma jurídica, la obligación jurídica que corresponde a otra persona para hacer o dejar de hacer algo prescrito en la norma y una posición jurídica, a la que se define como un poder jurídico para

la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto.⁷⁰ De acuerdo con Alexy, las posiciones designadas como derechos subjetivos pueden ser libertades, competencias y derechos a algo.⁷¹ Dados los propósitos de la presente investigación nos avocaremos al estudio de los derechos a algo en su vertiente positiva.

Para Alexy, al tratarse de derechos subjetivos todos los derechos a prestaciones son relaciones trivalentes entre un titular de derecho fundamental, el Estado y una acción positiva del Estado. De ahí que, si un titular de un derecho fundamental (*a*) tiene un derecho frente al Estado (*e*) a que éste realice la acción positiva (*h*), entonces el Estado tiene frente al titular del derecho fundamental el deber de realizar la acción positiva, siendo posible que dicho derecho pueda imponerse de manera judicial por su titular.⁷² Bajo esta concepción, es que los derechos a acciones positivas se dividen en dos grupos: aquellos cuyo objeto es una acción fáctica y aquellos que su objeto es una acción jurídica.

Los derechos a acciones positivas fácticas –a los que Alexy denomina derechos a prestaciones en sentido estricto– están referidos a aportes fácticos que, además del Estado, en principio, también podrían proporcionar los particulares. La forma estándar de enunciado sobre derechos a acciones positivas fácticas se expresa de la manera siguiente:⁷³

A tiene frente al Estado un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva fáctica H_p , cuya representación es $Dae (Hfe)$

Por su parte, los derechos a acciones positivas normativas, también denominados por el profesor de Kiel, como derechos a prestaciones en sentido amplio, son derechos a actos estatales de imposición de normas, como el derecho de un titular del derecho fundamental de la libertad de la ciencia a aquellas medidas estatales indispensables para la protección de su ámbito de libertad asegurado por el derecho fundamental. La forma estándar de enunciado sobre derechos a acciones positivas normativas se expresa de la manera siguiente:⁷⁴

A tiene frente al Estado un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva normativa H_n que se representa bajo la fórmula $Dae (Hne)$

Cuando se trata de derechos sociales fundamentales, se hace primariamente

referencia a derechos de esta naturaleza, es decir, a derechos prestacionales en sentido estricto, los cuales en su mayoría, al tratarse de un haz de posiciones, apuntan en parte a prestaciones fácticas y, en parte, a prestaciones normativas.⁷⁵

Cosa diferente sucede con el derecho a la garantía, que ha sido especialmente conceptualizado como un derecho fundamental de carácter constitucional de las personas, a tener a su disposición un medio judicial efectivo, rápido y eficaz de protección.⁷⁶ En tanto que la garantía se refiere a aquellos métodos, mecanismos o dispositivos que sirven para asegurar la efectividad de un derecho. Tratándose de los mecanismos de tutela o satisfacción de un derecho, es posible distinguir entre garantías primarias o sustanciales y secundarias o jurisdiccionales.

Las garantías primarias son los mecanismos políticos destinados a dotarlos de contenido y asegurar su vigencia. Estas garantías políticas implican, por un lado, asegurar el adecuado reconocimiento constitucional y el oportuno desarrollo legislativo de los derechos; y por otro lado, el diseño e implementación de las políticas y programas orientados a hacerlos efectivos.⁷⁷

Por su parte, las garantías secundarias son los remedios ante la falta de garantías primarias⁷⁸ o por violaciones a este tipo de garantías, los cuales pueden derivar en la aplicación de una sanción ante actos ilícitos o declarar la nulidad de la violación a las garantías primarias frente a actos no válidos.

Conforme a las escalas en las que actúen estos mecanismos de tutela, pueden distinguirse los siguientes tipos de garantías:⁷⁹

- Garantías estatales. Son aquellas que definen órganos, contenidos, obligaciones, mecanismos de control y reparación en el ámbito de los Estados centrales.
- Garantías infraestatales. Son aquellas que instituyen órganos, contenidos, obligaciones, mecanismos de tutela en Estados, provincias, municipios, cantones, etc.
- Garantías supraestatales. Son las que establecen órganos, contenidos, obligaciones, mecanismos de control y reparación en ámbitos regionales e internacionales.

De atender al encargado de hacerlas efectivas, las garantías se pueden clasificar en:⁸⁰

- Garantías sociales o extra-institucionales, en las que el instrumento o mecanismo de aseguramiento del derecho se confía al titular del derecho, sea este individual o colectivo. Este tipo de garantías está vinculada centralmente con la propia tutela que hacen los titulares de su derecho.
- Garantías institucionales, que confían a una institución, especialmente de carácter público, la protección de un derecho. En este marco es posible distinguir, a su vez, entre las siguientes clases de garantías:
- Garantías de carácter político. Son aquellas confiadas a los poderes políticos del Estado, como el legislador o la administración.
- Garantías semi-políticas. Confiadas a órganos externos y en cierto modo independientes de los órganos legislativos y ejecutivos, pero con funciones de control político.
- Garantías de carácter jurisdiccional. Son aquellas en las que la protección del derecho se confía al poder judicial o a otros cuerpos autorizados a dirimir quejas, demandas o recursos.
- Garantías de carácter semi-jurisdiccional. Encomendadas a otros organismos legitimados para recibir quejas por vulneraciones de derechos (como las comisiones de derechos humanos u otros organismos semejantes).

De lo expuesto tenemos que las garantías primarias o secundarias se instauran en las normas para asegurar el cumplimiento de los derechos subjetivos a los que se conceptualiza como toda expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no lesión) atribuida a un sujeto por una norma jurídica.⁸¹ Hecha la anterior distinción, los DESC no pierden su fundamentalidad ante la falta o inadecuación de sus garantías legislativas o jurisdiccionales. Por el contrario, ello entraña el incumplimiento, o el cumplimiento defectuoso, por parte de los operadores jurídicos al mandato implícito de actuación contenido en dicha norma. No es el derecho el que queda degradado, sino el poder el que incurre en una actuación desviada o en una omisión que lo deslegitima,⁸² dado que la existencia del derecho es una condición necesaria para su exigibilidad, y la efectividad no es una condición de la existencia de la norma sino de su cumplimiento.⁸³ A este respecto resultan esclarecedoras las palabras de Ferrajoli:

Sería necesario que las leyes en materia de servicios públicos no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino directamente de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la participación política en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante y generalizada participación judicial de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación con los poderes públicos.⁸⁴

3.5 Justiciabilidad

La otra tesis que importa analizar como criterio diferenciador entre derechos individuales y derechos sociales es la tutela jurisdiccional. Frente a la innegable tutela de los derechos civiles y políticos, la mayoría de los iusfilósofos ha sostenido que el principal problema de los DESC es su injusticiabilidad o imperfecta justiciabilidad.

La primera objeción contra la justiciabilidad de los derechos sociales se dirige contra la imprecisión en su contenido. Respecto de este punto es necesario señalar que un serio obstáculo en el ámbito jurídico se encuentra en la existencia de un lenguaje pseudonormativo, lo que implica que la mayoría de la terminología jurídica se recoge del lenguaje común o normal que utilizamos en la vida cotidiana para comunicarnos y, al mismo tiempo, forma parte del lenguaje especializado que utilizan los juristas.

A este respecto Pollock y Maitland sostienen que buena parte de la dificultad, en lo que atañe a la terminología jurídica, se origina en el hecho de que muchas de nuestras palabras sólo eran aplicables originariamente a cosas físicas,⁸⁵ de modo que su uso en conexión con relaciones jurídicas es, hablando estrictamente figurativo

o ficticio,⁸⁶ siendo necesario -como lo plantea el realismo genovés- alejarse de la tendencia de trasladar consideraciones del lenguaje natural hacia el lenguaje jurídico, pues se trata de esferas diferentes y del hecho que el lenguaje (punto y aparte) funcione de una manera no se sigue que necesariamente el lenguaje jurídico funcione sólo de esa manera.⁸⁷

A la anterior medida debiera sumarse la necesaria definición del contenido mínimo esencial o contenido básico mínimo de los derechos humanos pues, a pesar de que todos los derechos presentan “zonas de penumbra”, todos cuentan con un núcleo de certeza indisponible e irreductible del que pueden extraerse contenidos y deberes básicos para los poderes públicos. Ese núcleo de certeza, naturalmente, viene determinado por convenciones lingüísticas y prácticas hermenéuticas que pueden evolucionar y modificarse a partir de nuevos desarrollos interpretativos⁸⁸ y de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en comunión con los Principios de Limburgo y las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que abren la posibilidad de definir con mayor precisión y claridad las obligaciones de los Estados contenidas en el Pacto Internacional de DESC y así asegurar su aplicación y cumplimiento.

La segunda objeción a la justiciabilidad de los DESC se refiere a las limitadas competencias técnicas de los jueces para resolver cuestiones complejas con elevadas consecuencias presupuestarias.⁸⁹ Este punto en correlación con los considerables costes financieros que se tienen que erogar para asegurar el cumplimiento de los DESC encuentra su principal apoyo en la división de poderes -que como base fundamental del Estado democrático de derecho- impide a los tribunales decidir sobre la política presupuestaria.

Contra tal objeción de orden funcional es necesario puntualizar dos aspectos importantes. El primero de ellos tiene que ver con la superación de la tesis antifederalista que plantea la estricta separación de poderes para dar paso a la concepción dominante sostenida por Madison que propone un sistema de “frenos y contrapesos”⁹⁰ basado en la capacidad de interacción e interferencia de un poder sobre otro, bajo la idea de que cada rama del gobierno cuenta con las armas suficientes y necesarias para resistir los seguros embates de los demás.⁹¹

Y es que, provocadas de manera adecuada, las garantías jurisdiccionales pueden introducir un relativo control entre poderes a través de diferentes medidas de presión sobre el legislador y la administración y operar, así, como un eficaz elemento de desbloqueo de las constricciones que a dichos ámbitos de decisión les vienen a menudo impuestas por presiones corporativas de diversa índole, evitando de este modo el naufragio tecnocrático o simplemente plebiscitario de los deberes políticos en materia de derechos sociales.⁹²

El segundo aspecto tiene que ver con el reconocimiento que hace el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la intervención de los tribunales en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles, enfatizando que la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes, además de reducir drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.⁹³

Finalmente, la tercera objeción importante en contra de la justiciabilidad de los DESC se refiere al reclamo de este tipo de derechos sociales en conexión con otros derechos judicialmente exigibles.⁹⁴ Normalmente la conexidad tiene lugar con los derechos civiles y políticos, como el derecho de propiedad, la libertad de asociación, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y a la tutela judicial.

No obstante, las más variadas estrategias de justiciabilidad directa que abarca mecanismos nacionales e internacionales para el reclamo de los DESC, más que una debilidad, el litigio estratégico o justiciabilidad indirecta se ha planteado como una posible opción para superar las objeciones a la justiciabilidad de los derechos sociales,⁹⁵ además de evidenciar la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁹⁶ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,⁹⁷ el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Comisión Africana,⁹⁸ cuya tipificación se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos,

la Declaración de Teherán, los Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de Viena así como en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Lo expuesto con antelación evidencia que no hay elementos suficientes para establecer una división clara entre derechos sociales y

derechos civiles y políticos; las diferencias, como lo apuntan Abramovich, Curtis⁹⁹ y Contreras Peláez¹⁰⁰, son más de grado que de sustancia. Es necesario abandonar la dicotomía histórico-ideológica entre derechos individuales, civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, del otro, pues, como lo señala Waldron, entre ambos tipos de derechos no hay diferencias radicales, sino relaciones profundas e importantes,¹⁰¹ siendo todos los derechos importantes y necesarios para garantizar la dignidad de los seres humanos.

FUENTES

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2013.
- ALEXU, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", *Revista de Derecho del Estado*, número 14, julio de 2010.
- AÑÓN ROIG, María José y GARCÍA AÑÓN, José, *Lecciones de Derechos Sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Colombia, Legis, 2005.
- ASÍS, Rafael de, *Cuestiones de derechos*, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 2005.
- AYALA ESPINO, José Luis, *Límites del mercado. Límites del Estado. Ensayos sobre economía política del Estado*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 1992.
- BARCELONA PIETRO, "Los sujetos y las normas", en OLIVA, Enrique (comp.), *Problemas de Legitimación del Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, 2014.
- BOLÍVAR, LIGIA, *Derechos económicos, sociales y culturales. Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes, Una visión desde la (in) experiencia en América Latina*, Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, t. V., 2000.
- BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- BOUVIER, Hernán G., "Lenguaje y teoría del derecho. Tensiones en una variante del realismo jurídico", *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, número 35, octubre de 2011.
- BREWER-CARÍAS, Allan, "Hacia el fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno", Ensayo en honor de Fernando Volio Jiménez, San José, Costa Rica, IIDH, Lorena González Voilo.
- CABO MARTÍN, Carlos de, *La crisis del Estado Social*, Barcelona, PPU, 1985.
- CARBONELL, Miguel, *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli*, Documento de trabajo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.
- CASCAJO CASTRO, José Luis, La configuración del Estado social en la Constitución Española, en Cámara Villar, Gregorio y Cano Bueso, Juan (coord.), *Estudios sobre el Estado social, El Estado social y la Comunidad Autónoma Andaluza*, Madrid, 1993.
- , "Derechos sociales", en CASCAJO CASTRO, José Luis et al. (coord.), *Derechos Sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalista de España celebrado en Santa Cruz de Tenerife, España los días 27 y 28 de enero de 2011*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serievc_198_esp.pdf (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2015).
- Caso Airey vs. Irlanda en [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420#{"itemid":\["001-57420"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420#{) fecha de consulta: 11 de noviembre de 2015).
- Caso María del Carmen Suárez Peralta vs Ecuador en [file:///C:/Users/Administrador/Downloads/CasoSuarezPeralta_Ecuador_EPFRC%20\(2\).htm](file:///C:/Users/Administrador/Downloads/CasoSuarezPeralta_Ecuador_EPFRC%20(2).htm) (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2015).
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Derechos sociales: Teoría e ideología*. España, Tecnos, 1994.
- , *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.
- COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *Los derechos sociales desde una nueva perspectiva*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000.

- CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, "Doctrina social de la Corte Constitucional", en MOLINA BETANCUR, Carlos Mario, *Corte Constitucional y Estado social de derecho*, Colombia, Universidad de Medellín, 2001.
- DIEMER, A., "Los derechos humanos desde una perspectiva europea", en DEMER, A. et al, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, trad. Graziella Baravalle, España, Serbal, 1985.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, México, Trotta, 1997
- , Pasado y futuro del Estado de derecho, *RIFP*, 17, 2001.
- , *Principia iuris. Teoría de la democracia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 2011.
- , "Derechos sociales y esfera pública mundial", en ESPINOZADELOSMONTEROS, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- GARCÍA MORALES, Aniza, "La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales", en PISARRELLO, Gerardo (ed.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: Potencialidades y límites*, España, Bomarzo, 2007.
- GARGARELLA, Roberto, Justicia dialógica y derechos sociales, en ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Argentina, Astrea, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 2a. ed., México, Trotta, 2000.
- HAMILTON, A. et al, *El federalista*, traducción de Gustavo Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- HAYEK, F. A., Liberalismo, en <http://www7.uc.cl/icp/revista/pdf/rev42/ar6.pdf> (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2015).
- HIERRO, Liborio, "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy", en ALEXY Robert et al, *Derechos sociales y ponderación*, México, Fontamara, 2013.
- HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro R. Carrió, México, Fontamara, 2001.
- KANT, Immanuel, *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, México, Aguilar, 1973.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1998,
- LEMA AÑON, Carlos, *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Dykinson, 2009.
- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel, "La construcción jurídica de los derechos humanos económicos, sociales y culturales en México", en ORCÍ GÁNDARA, Luis y MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel (coords.), *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Hacia una cultura del Bienestar*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2009.
- MICHELINE R. Ishay, *The history of human rights. From ancient times to the globalization Era*, Berkeley/Los Ángeles/Londres, University of California Press, 2004.
- Observación General número 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en <https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sepcomm3.htm> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2015).
- Observación General 9, punto 10 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en <https://www.escr-net.org/docs/i/428708> (fecha de consulta: 9 de noviembre de 2015).
- PAUTASSI, Laura C., El derecho a la seguridad social. Una aproximación desde América Latina, en ABRAMOVICH, Víctor et al (coord.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- PECES BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999.
- PISARELLO, Gerardo, *El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia*, México, Fontamara, 2003.
- , *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PRIETO SANCHIS, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en CARBONELL, Miguel et al (comp.), *Derechos*

- sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- RUIPÉREZ, Javier, Estado social versus "aldea global", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2004.
- SIEYÉS, Emmanuel J., *Ensayo sobre los privilegios*, trad. José Rico Godoy, México, UNAM, 1989.
- SQUELLA, Agustín, "Democracia y derecho", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y Laporta, Francisco, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000.
- STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, 3ª edición, México, Gernika, 1996.
- TUGENDHANT, Ernst., *Lecciones sobre ética*, trad. Luis Román Rabanaque, Gedisa, Barcelona, 1997.
- VANOSI, Jorge Reinaldo A., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Argentina, Eudeba, 2000.
- WALDRON, J., *Liberal Rights*, Collected Papers, Cambridge, 1991, p. 283
- WOLFGAND SARLET, Ingo, "Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos" en PRESNO LINERA, Miguel Ángel y WOLFGAND SARLET, Ingo (coords.), *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*, España, Aranzadi, 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011.

NOTAS

1. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel, "La construcción jurídica de los derechos humanos económicos, sociales y culturales en México", en ORCÍ GÁNDARA, Luis y MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel (coords.), *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Hacia una cultura del Bienestar*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2009, p. 24.
2. COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 32.
3. BOLÍVAR, LIGIA, *Derechos económicos, sociales y culturales. Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes, Una visión desde la (in) experiencia en América Latina*, Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, t. V, 2000, p. 1.
4. MICHELINE R. Ishay, *The history of human rights. From ancient times to the globalization Era*, Berkeley/Los Ángeles/Londres, University of California Press, 2004, pp. 3-4.
5. Para Kant los individuos son fines y no simplemente medios, por lo tanto no pueden ser sacrificados o usados, sin su consentimiento, para alcanzar otros fines. Vid. Kant, Immanuel, *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, México, Aguilar, 1973, p. 111.
6. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel, op. cit., nota 1, p. 25.
7. El principio de inviolabilidad de la persona kantiano es retomado por Nozick, siendo el derecho y el Estado los medios creados para servir a los intereses de los individuos. Vid. NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. Rolando Tamayo Salmorán, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 43.
8. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colo, 2014, p. 455.
9. HAYEK, F. A., Liberalismo, en <http://www7.uc.cl/icp/revista/pdf/rev42/ar6.pdf> (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2015).
10. SIEYÉS, Emmanuel J., *Ensayo sobre los privilegios*, trad. José Rico Godoy, México, UNAM, 1989, p. 145.
11. STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, 3ª edición, México, Gernika, 1996, pp. 172-174.
12. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales: Teoría e ideología*. España, Tecnos, 1994, p. 17.
13. Citado en CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, p. 12.
14. Idem.
15. Idem.
16. CABO MARTÍN, Carlos de, *La crisis del Estado Social*, Barcelona, PPU, 1985, pp. 20 y ss.
17. AÑÓN ROIG, María José y GARCÍA AÑÓN, José, *Lecciones de Derechos Sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 51.
18. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 2a. ed., México, Trotta, 2000, p. 483. Abramovich y Courtis también consideran que el modelo del derecho social es correctivo del modelo de derecho privado clásico. Vid. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2013, p. 59.
19. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Defensa del Estado*, op. cit., nota 13, p. 12.
20. CASCAJO CASTRO, José Luis, La configuración del Estado social en la Constitución Española, en Cámara Villar, Gregorio y Cano Bueso, Juan (coord.), *Estudios sobre el Estado social, El Estado social y la Comunidad Autónoma Andaluza*, Madrid, 1993, p. 53.
21. CARBONELL, Miguel, *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli*, Documento de trabajo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, p. 4.
22. CASCAJO CASTRO, José Luis, op. cit., nota 20, p. 42.
23. BERNAL PULIDO, Carlos, op. cit., nota 8, p. 442.
24. BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, 2014, p. 29.
25. RUIPÉREZ, Javier, Estado social versus "aldea global", *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2004, p. 820.

26. TUGENDHANT, Ernst, *Lecciones sobre ética*, trad. Luis Román Rabanaque, Barcelona, Gedisa, 1997.
27. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 482.
28. VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Argentina, Eudeba, 2000, p. 537.
29. PRIETO SANCHIS, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en CARBONELL, Miguel et al (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 25-26.
30. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011, p. 37.
31. PISARELLO, Gerardo, *El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia*, México, Fontamara, 2003, p. 29.
32. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, México, Trotta, 1997, p. 63.
33. FERRAJOLI, Luigi, "Estado social y Estado de derecho" en Abramovich, Víctor et al (coord.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, p. 7.
34. CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, "Doctrina social de la Corte Constitucional", en MOLINA BETANCUR, Carlos Mario, *Corte Constitucional y Estado social de derecho*, Colombia, Universidad de Medellín, 2001, p. 37.
35. CASCAJO CASTRO, José Luis, op. cit., nota 20, pp. 52-53.
36. PAUTASSI, Laura C., "El derecho a la seguridad social. Una aproximación desde América Latina", en Abramovich, Víctor et al (coord.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, p. 247.
37. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Argentina, Astrea, 2007, p. 399.
38. Dentro de los principales representantes de la escuela de los derechos de propiedad se encuentran Harold Demesetz y Roland Mckean.
39. AYALA ESPINO, José Luis, *Límites del mercado. Límites del Estado. Ensayos sobre economía política del Estado*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 1992, p. 153.
40. BELL, Daniel, *El fin de las ideologías*, Madrid, 1964, pp. 21-47.
41. La expresión "achicamiento" del Estado es aportada por GONZÁLEZ GONZÁLEZ, María de Luz, *Teorías acerca de la soberanía y la globalización*, México, Porrúa, 2005, p. 117.
42. FERRAJOLI, Luigi, *Pasado y futuro del Estado de derecho*, RIFP, 17, 2001, p. 40.
43. GARCÍA MORALES, Aniza, "La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales", en PISARELLO, Gerardo (ed.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, España, Bomarzo, 2007, p. 13.
44. FERRAJOLI, Luigi, "Derechos sociales y esfera pública mundial", en ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 48.
45. DIEMER, A., "Los derechos humanos desde una perspectiva europea", en DEMER, A. et al, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, trad. Graziella Baravalle, España, Serbal, 1985, p. 109.
46. ASÍS, Rafael de, *Cuestiones de derechos*, Colombia, Universalidad del Externado de Colombia, 2005, p. 112.
47. Idem
48. AÑÓN ROIG, María José y GARCÍA AÑÓN, José, op. cit., nota 17, p. 21.
49. PECES BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 180.
50. ASÍS, Rafael de, op. cit., nota 46, p. 104.
51. Ibidem, p. 116.
52. LEMA AÑÓN, Carlos, *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 175.
53. Ibidem, p. 175.
54. ASÍS, Rafael de, op. cit., nota 46, p. 116.
55. HIERRO, Liborio, "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy", en ALEXY Robert et al, *Derechos sociales y ponderación*, México, Fontamara, 2013, p. 174.
56. WOLFGAND SARLET, Ingo, "Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y

- desafíos" en PRESNO LINERA, Miguel Ángel y WOLFGAND SARLET, Ingo (coords.), *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*, España, Aranzadi, 2010, p. 48.
57. PISARRELLO Gerardo, *El Estado social*, op. cit., nota 31, pp. 36-37.
58. Observación General número 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, <https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sepcomm3.htm> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2015).
59. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría de la democracia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 2011, pp. 66-67.
60. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, op. cit., nota 18, p. 32.
61. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", *Revista de Derecho del Estado*, número 14, julio de 2010, p. 62.
62. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en <http://www1.umn.edu/humanrts/genomm/Sepcomm3.htm>, (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2015).
63. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, op. cit., nota 59, p. 68.
64. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1998, p. 148.
65. BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 2003, p. 42.
66. Agustín Squella y Cruz Parceró consideran que los derechos sociales son normas o declaraciones programáticas. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *Los derechos sociales desde una nueva perspectiva*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000, p. 25. SQUELLA, Agustín, "Democracia y derecho", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y Laporta, Francisco, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 511-520.
67. BARCELLONA PIETRO, "Los sujetos y las normas", en OLIVA, Enrique (comp.), *Problemas de Legitimación del Estado social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 34.
68. GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 185-189.
69. Habermas habla de la accionabilidad de los derechos como la posibilidad de reclamar judicialmente su cumplimiento, Vid. HABERMAS, Jürgen, op. cit., nota 18, p. 188.
70. ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Colombia, Legis, 2005, p. 9.
71. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 185.
72. Ibidem, p. 431.
73. Ibidem, p. 196.
74. Idem.
75. Ibidem, p. 428.
76. BREWER-CARÍAS, Allan, "Hacia el fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno", Ensayo en honor de Fernando Volio Jiménez, San José, Costa Rica, IIDH, Lorena González Voilo, p. 20.
77. GARCÍA MORALES, Aniza, op. cit., nota 43, p. 14.
78. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, op. cit., nota 59, p. 385.
79. PISARELLO, Gerardo, *El Estado social*, op. cit., nota 31, p. 114.
80. COURTIS, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2012, p. 20. PISARELLO, Gerardo, "Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada "desde abajo", en COURTIS Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (ed.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2009, pp. 49-52.
81. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, trad. Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, 2002, p. 37.
82. PISARELLO, Gerardo, *El Estado social*, op. cit., nota 31, p. 81.
83. CASCAJO CASTRO, José Luis., "Derechos sociales", en CASCAJO CASTRO, José Luis et al. (coord.), *Derechos Sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalista de España celebrado en Santa Cruz de Tenerife, España los días 27 y 28 de enero de 2011*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 35.
84. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, op. cit., nota 32, pp. 917-918.

85. Citado en HOHFELD, W.N., Conceptos jurídicos fundamentales, 5ª ed., trad. de Genaro R. Carrió, México, Fontamara, 2001, p. 36.
86. Idem
87. BOUVIER, Hernán G., "Lenguaje y teoría del derecho. Tensiones en una variante del realismo jurídico", *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, número 35, octubre de 2011, p. 51.
88. PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 67.
89. PISARELLO, Gerardo, *El Estado social*, op. cit., nota 31, p. 36.
90. HAMILTON, A. et al, *El federalista*, traducción de Gustavo Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
91. GARGARELLA, Roberto, Justicia dialógica y derechos sociales, en ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 114.
92. HABERMAS, Jürgen, op. cit., nota 18, pp. 337-338.
93. Observación General 9, punto 10 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en <https://www.escr-net.org/docs/i/428708> (fecha de consulta: 9 de noviembre de 2015).
94. García Morales, Aniza, op. cit., nota 42, pp. 30-31.
95. Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_c_198_esp.pdf (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2015).
96. Idem además del caso María del Carmen Suárez Peralta vs Ecuador en file:///C:/Users/Administrador/Downloads/CasoSuarezPeralta_Ecuador_EPFR%20(2).htm (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2015).
97. Caso Airey vs. Irlanda en [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420#{"itemid":\["001-57420"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420#{) (fecha de consulta: 11 de noviembre de 2015).
98. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Comisión Africana reconocen la interdependencia e indivisibilidad de los derechos en los casos Danning vs Países Bajos y Malawi African Association vs Mauritania, respectivamente.
99. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS Christian, op. cit., nota 17, p. 117.
100. Contreras Peláez, Francisco J., Derechos sociales, op. cit., nota 11, p. 21.
101. WALDRON, J., *Liberal Rights*, Collected Papers, Cambridge, 1991, p. 283.

ANEXOS

DISCURSO DE APERTURA DEL I CURSO REGIONAL DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS (MONTEVIDEO, 04 DE ABRIL DE 2016)

.....
Antônio Augusto Cançado Trindade

Juez de la Corte Internacional de Justicia (Haya); ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasília (UnB), Brasil.

Quisiera de inicio agradecer a las autoridades uruguayas por la hospitalidad que nos brindan con ocasión de la inauguración de este I Curso Regional de Derecho Internacional de Naciones Unidas en nuestra región, el día de hoy, 04 de abril de 2016. Me permito resaltar la importancia creciente del derecho internacional en nuestros tiempos, en que se amplía la agenda internacional con temas que conciernen la comunidad internacional como un todo, a requerir la acción conjunta de los Estados, en las más distintas formas, en un espíritu de diálogo y cooperación. De ahí la importancia del continuado cultivo de nuestra disciplina, –el derecho de gentes,– por las nuevas generaciones de jusinternacionalistas, aquí representadas.

Nuestra región –América Latina y el Caribe– siempre ha dado una valiosa contribución a la evolución del derecho internacional, en el marco de su universalidad. Ha habido algunas iniciativas de transmisión del conocimiento de la experiencia acumulada de una generación a otra, en las últimas décadas, en nuestra región; por ejemplo, además de las ya mencionadas en esta ceremonia por la Dra. Virginia Morris, Representante de la oficina de la ONU en Nueva York, podemos también referirnos a las sesiones externas, realizadas por la Academia de Derecho Internacional de La Haya a cada tres años, en uno y otro de los países de América Latina y el Caribe; a los Cursos anuales de Derecho Internacional organizados por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA; y a las sesiones de estudio del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (con sede también aquí en Montevideo).

Naciones Unidas extienden ahora, a partir del día de hoy, 04 abril de 2016, la nueva iniciativa de sus Cursos Regionales anuales

de Derecho Internacional, a América Latina y el Caribe: es para mí un gran honor y especial satisfacción, como Juez latinoamericano de la Corte Internacional de Justicia, volver a nuestra región, a Uruguay, para participar en esta ceremonia de inauguración, aquí en Montevideo, del I Curso Regional de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Es este un evento académico significativo, que, al proyectarse al futuro, dejará huellas en la trayectoria de la educación en derecho internacional en nuestra parte del mundo.

Son distintos los temas de actualidad del derecho internacional que se revisten de particular interés para los países de nuestra región (América Latina y el Caribe), en el marco del universalismo de nuestra disciplina. Algunos de estos temas serán tratados en el Curso que ahora se inaugura. El I Curso Regional de Derecho Internacional de Naciones Unidas, que hoy se inicia, se enmarca en la rica tradición de los países latinoamericanos y caribeños de apego y fidelidad a los principios y normas del derecho internacional.

Nunca es demás recordar, en esta ocasión aquí en Montevideo, –tal como lo he hecho en La Haya,– la considerable contribución de América Latina al desarrollo progresivo del Derecho Internacional¹. Dicha contribución se encuentra hoy cristalizada en principios consagrados (en las Cartas de la ONU y de la OEA) como los de la prohibición del uso o amenaza de la fuerza en el contencioso inter-estatal, y de la igualdad jurídica de los Estados, además de notables aportes, mediante conceptos y célebres doctrinas latinoamericanas, que permean hoy distintos capítulos del Derecho Internacional, como los atinentes a la solución pacífica de controversias internacionales, a la condición de los individuos

en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y el Derecho Internacional de los Refugiados, a la responsabilidad internacional de los Estados, a la reglamentación de los espacios (v.g., el Derecho del Mar y el Derecho Fluvial Internacional), al derecho de los tratados, al reconocimiento de Gobiernos, entre otros.

Tenemos que seguir siempre nos empeñando por mantener os todos a la altura de los retos de nuestros tiempos. A pesar de los nuevos desafíos y algunos preocupantes retrocesos de nuestros días (como, v.g., el uso de la fuerza fuera de la Carta de Naciones Unidas, las migraciones forzadas y el desarraigo, entre otros), las respuestas hoy día han sido inmediatas², gracias al despertar de la conciencia humana. En efecto, la conciencia humana sigue moviendo el Derecho adelante (como su fuente material última)³, sigue alumbrando el camino a recorrer.

Este camino no puede ser otro que el de la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias. El primado del Derecho sobre la fuerza es reforzado en la actual era de los tribunales

internacionales⁴. La coexistencia de estos últimos amplía el acceso a la justicia a un número cada vez mayor de *justiciables*⁵. Todo esto implica, en última instancia, el necesario rescate de los fines humanos del Estado, creado para la realización del bien común. Esto implica, de igual modo, el primado de la razón de humanidad sobre la antigua razón de Estado.

Como latinoamericanos y caribeños, podemos y debemos enorgullecernos de la contribución de nuestra parte del mundo al desarrollo progresivo del derecho internacional. Que este I Curso Regional de Derecho Internacional de Naciones Unidas, –tornado posible gracias al valioso apoyo de las instituciones del país anfitrión, Uruguay (por el cual mucho agradecemos),– sirva para la realización del propósito de contribuir a la enseñanza, el estudio, la difusión y la comprensión más amplia del Derecho Internacional, y, con esto, a la preservación de los valores comunes superiores que unen los países y pueblos de América Latina y el Caribe. Muchas gracias a todos por la atención con que me han distinguido.

NOTAS

1. Cf. A.A. Cançado Trindade, "The Contribution of Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law", 376 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2014), pp. 9-92.
2. Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, "El Largo Camino de la Humanización del Derecho Internacional: Una Nueva Década de Consultas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (De México 2004 a Brasília 2014)", in *Memorias del Trigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (Cartagena+30)*, Quito, ACNUR, 2015, pp. 18-34.
3. Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*, 2a. ed. rev., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, cap. VI, pp. 139-161; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 91-112; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª. ed., Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2015, pp. 3-782.
4. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185; A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2015, pp. 1-507.
5. Cf. A.A. Cançado Trindade, *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*, México, Edit. Porrúa, 2014, pp. 1-324; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, 2ª. ed., Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2012, pp. 79-574; A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236.

LES SYSTÈMES RÉGIONAUX DANS LE CADRE DE L'UNIVERSALITÉ DES DROITS DE L'HOMME¹

Antônio Augusto Cançado Trindade²

Juge à la Cour Internationale de Justice (La Haye); Ancien Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme; Professeur Émérite de Droit International de l'Université de Brasília, Brésil; Membre Titulaire du *Curatorium* de l'Académie de Droit International de La Haye, et de l'Institut de Droit International; Ancien Président de la Société Latino-Américaine de Droit Internacional.

- I -

Ce Forum 8 de la 5^e Conférence Générale de la Société Européenne de Droit International (2012), organisée à Valence, est consacré à un thème de grande actualité, comme en témoigne le nombre important de participants. En entamant la dernière partie de ce débat qui fera date, je tiens tout d'abord à remercier le Professeur Theodore Christakis et le Professeur Djamchid Momtaz pour leurs exposés et éminentes contributions. C'est un plaisir pour moi que de participer à ce forum à leurs côtés. Mon intention première n'était pas d'exprimer mon opinion personnelle sur certains points soulevés par les panélistes, mais comme quelques questions m'ont été aimablement posées, compte tenu de l'expérience que j'ai accumulée dans la magistrature internationale, tant au niveau régional qu'universel (à la Cour interaméricaine des droits de l'homme et à la Cour internationale de Justice), je les aborderai brièvement.

La première question, posée par mon collègue d'Amérique Latine (Bogotá), a trait à l'activisme judiciaire face à la multiplicité des juridictions internationales (dans des domaines distincts du droit international), au niveau régional et universel. Pour ma part, je ne vois aucun risque de chevauchement de compétences. À cet égard, nous devons nous garder d'utiliser abusivement certains néologismes délétères, tels que les expressions "prolifération des juridictions internationales" ou "fragmentation du droit international". Pareils néologismes dénigrants reposent en effet sur l'hypothèse erronée d'une délimitation de compétences, tout en passant à côté de l'essentiel: le développement de l'autorité judiciaire sur le plan international et l'accès à la

justice internationale pour un nombre bien plus important de justiciables.

À mon avis, les travaux des juridictions internationales doivent aujourd'hui être appréciés du point de vue des justiciables eux-mêmes³, et de la mission commune de *réalisation* de la justice qui est celle desdites juridictions. Leur multiplicité – signe de notre temps – se révèle rassurante et met en évidence les progrès considérables qui ont déjà été accomplis dans la réalisation de l'idéal de justice internationale. Chacune de ces juridictions voit sa compétence fondée sur une convention, un accord ou un instrument international distinct, et dispose de son propre droit applicable. Plutôt que de hiérarchie, il s'agit ici de complémentarité, sous la forme d'un réseau polycentrique de juridictions, affirmant et réaffirmant la capacité du droit international de régler les différends internationaux les plus divers, tant sur le plan interétatique qu'intraétatique⁴. C'est à chaque juridiction qu'il appartient – de concert avec les autres – d'apporter sa contribution effective à l'évolution constante du droit international, dans la quête de la réalisation de la justice internationale.

- II -

A mon sens, le meilleur moyen d'exercer durablement et harmonieusement cette mission réside dans un dialogue soutenu et respectueux entre juridictions internationales. À cet égard, je garde un excellent souvenir de la première réunion entre pareilles institutions qui s'est tenue à Luxembourg, les 03 et 04 décembre 2002, à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Cour de Justice des Communautés Européennes (la Cour de l'Union Européenne), ainsi que de la deuxième réunion de ce type qui s'est tenue à

Managua, les 04 et 05 octobre 2007, à l'occasion du centenaire de la création de l'ancienne Cour Centraméricaine de Justice (première juridiction internationale permanente des temps modernes)⁵. Le dialogue doit se poursuivre, sans solution de continuité.

Le présent Forum est tout à fait approprié pour se pencher sur cette question, puisqu'il rassemble, dans un même lieu, des participants issus des trois systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, à savoir les systèmes européen, interaméricain et africain. En tant que président de la Société Latino-Américaine pour le Droit International, je me dois d'exprimer ma gratitude aux organisateurs de cette Conférence de Valence – MM. les Professeurs Mariano J. Aznar et Jorge Cardona Llorens – pour leur esprit d'ouverture, lequel permet de nourrir le dialogue entre juristes de différents continents, comme l'illustre la composition même de cette table ronde : le Professeur D. Momtaz, le Professeur Th. Christakis et moi-même venons de trois continents différents, mais nous nous comprenons fort bien, car depuis des années, nous nous intéressons à la même discipline, celle du droit des nations (le droit des gens).

- III -

La deuxième question m'a été posée par mon collègue scandinave (Oslo), et a trait à ce qu'il est désormais convenu d'appeler l'activisme judiciaire. Je suis d'accord pour dire que cette attitude s'est progressivement imposée dans le droit international contemporain. Mais j'irai plus loin: selon moi, le pire est l'inactivisme judiciaire. Il y a ceux qui craignent "de créer un précédent" ou "d'innover". Si cette crainte était fondée, la justice pourrait être "administrée" par des machines ou des ordinateurs, de manière totalement mécanique. L'inactivisme judiciaire, en revanche, constitue un réel danger. Il y a quelques dizaines d'années, Gaston Morin, au sujet du droit privé⁶, a ainsi souligné la nécessité d'un réexamen constant des notions juridiques, faisant observer avec lucidité que les faits précédaient habituellement les normes et représentaient un défi permanent pour les personnes chargées de l'application desdites normes, celui de répondre à l'évolution des besoins en rendant la justice.

Dans cette mission ardue qui est la leur, les juges sont guidés par leurs propres raisonnements et convictions ainsi que par leur

expérience, qui dépassent assurément le cadre du seul droit positif. Il y a plus d'un demi-siècle, Piero Calamandrei a rappelé que le terme *sententia* avait la même racine étymologique que le terme "sentiment", soulignant que "la sentence n'[était] l'œuvre ni de l'intelligence ni de la science, ce qui consisterait à connaître et à appliquer un élément préexistant, mais qu'il s'agissait d'une création empirique (...). Même lorsque le juge recherche la solution d'un cas concret en se fondant sur certaines hypothèses générales, (...) c'est en lui-même, dans sa conscience, qu'il la trouve"⁷. Il est des juges qui estiment que leur fonction se réduit à la simple ou stricte application du droit positif ; il en est d'autres (dont je fais partie) qui, par un effort d'interprétation – voire de recherche – du droit applicable, ouvrent un espace à la pensée créative. Selon moi, l'innovation et le développement progressif du droit sont inéluctables, à condition que nous soyons à la hauteur des principaux défis de notre époque.

- IV -

La troisième question m'a été posée par mon collègue, M. le Professeur Luigi Condorelli. Nous sommes d'accord pour considérer que le Droit International Humanitaire est, par essence, universel. De surcroît, certaines Conventions des Nations Unies en matière de droits de l'homme, telles que la Convention de 1989 relative aux Droits de l'Enfant, sont, elles aussi, devenues quasiment universelles. Dans le domaine du Droit International des Droits de l'Homme, des systèmes régionaux ont été créés (pour des raisons historiques que l'implacable contrainte de temps ne nous permet hélas pas d'examiner ici) parallèlement aux mécanismes des Nations Unies. Les juridictions régionales et les organes de contrôle ont conçu une interprétation téléologique commune des instruments de protection respectifs, conformément aux postulats de la règle générale d'interprétation des traités énoncée à l'article 31 des deux Conventions de Vienne sur le Droit des Traités (de 1969 et 1986).

Cette construction jurisprudentielle prétorienne des droits inhérents à la personne humaine est effectivement remarquable et s'est effectuée au sein des trois systèmes régionaux de protection dotés de juridictions internationales des droits de l'homme dans le cadre conceptuel de l'universalité de ces droits. Dans le système

africain, la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples avait déjà dûment pris en considération les dispositions pertinentes des traités relatifs aux droits de l'homme (tels que la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples) *tout autant que* du droit international humanitaire, avant même que la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ait commencé à fonctionner (en 2006). Dans le système interaméricain, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme a développé une jurisprudence novatrice en matière de réparations et en ce qui concerne le droit fondamental à la vie⁸ (comme comprenant les conditions de vie). Enfin, dans le système européen, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a développé une vaste et impressionnante jurisprudence, par exemple quant au droit à la liberté et à la sécurité de la personne et quant au droit à un procès équitable.

Cette construction jurisprudentielle prétorienne est tout à fait claire, même en cas de doute au sujet de la norme applicable, en ce qu'elle prévoit – en vertu et en application du principe général *pro persona humana* – que la norme qui trouve à s'appliquer est celle qui protège le mieux la personne humaine. Les Cours Européenne et Interaméricaine, qui, depuis 1999, entretiennent un dialogue fructueux sur une base permanente, se sont réunies pour la première fois avec la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples récemment créée. Cette première réunion des trois Cours internationales des droits de l'homme existant à ce jour, à laquelle j'ai participé, a eu lieu à Strasbourg, les 08 et 09 décembre 2008. Elle a été l'occasion d'instaurer un dialogue instructif⁹ sur certaines questions d'intérêt commun telles que l'accès à la justice, les mesures conservatoires ou les différentes formes de réparation.

- V -

Enfin, et ce n'est pas le moins important, la multiplicité des traités et instruments internationaux et de protection des droits de la personne humaine est assortie d'un objectif

commun fondamental et déterminant : la protection des droits inhérents à la personne humaine. Ces traités et autres instruments, au champ d'application universel ou régional, sont inspirés d'une source commune, à savoir la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, véritable foyer d'irradiation des efforts visant la réalisation de l'idéal de l'universalité des droits de l'homme. Aussi n'est-il guère surprenant de retrouver des références à la Déclaration Universelle dans les préambules de ces traités et instruments internationaux

Dans le processus de généralisation de la protection des droits de l'homme, l'unité conceptuelle qui est la leur, en ce qu'ils sont tous inhérents à la personne humaine, a transcendé les différences dans la formulation desdits droits, tels que reconnus par les différents instruments. L'universalité ne signifie pas l'uniformité totale, mais elle constitue le cadre conceptuel du corpus juris en matière de protection des droits de l'homme, tant au niveau mondial que régional. Les particularités régionales viennent en réalité enrichir cette universalité, chaque système régional vivant son propre moment historique¹⁰ et fonctionnant au sein de son propre espace géographique. Il n'en demeure pas moins que tous ces systèmes régionaux – tous – sont inspirés par l'universalité des droits de l'homme.

Les traités et instruments internationaux de protection des droits de l'homme ont été élaborés en *réponse* à toutes les formes de violation de ces droits, et ils comportent tous une dimension préventive. Leur application, au niveau universel ou régional, obéit à une herméneutique commune, qui met en exergue leur objectif commun, les valeurs supérieures qui les sous-tendent, le caractère objectif des obligations qu'ils énoncent ainsi que la nécessité avérée de réaliser leur objet et leur but. Puisse ce Forum 8 de la 5^e Conférence Générale de la Société Européenne de Droit International (2012) avoir contribué à clarifier ces questions. Je vous remercie pour l'attention que vous avez bien voulu nous accorder.

NOTAS

1. Conclusions du Président du Forum 8 ("Régionalisme et droits humains") de la 5^e. Conférence Générale de la Société Européenne de Droit International (SEDI), organisée à Valence, le 15 septembre 2012. Publication originale: A.A. Cançado Trindade, "Quelques réflexions sur les systèmes régionaux dans le cadre de l'universalité des droits de l'homme", in: *Select Proceedings of the European Society of International Law* (Valencia Conference, 2012) - vol. IV: *Regionalism and International Law* (eds. M.J. Aznar e M.E. Footer), Oxford/Portland, Hart Publ., 2015, pp. 343-347.
2. Ancien Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme; juge à la Cour Internationale de Justice; Professeur Émérite de Droit International à l'Université de Brasília, Brésil; Membre Honoraire de l'Université de Cambridge (Sidney Sussex College); Docteur *Honoris Causa* de l'Université Panthéon d'Athènes, Grèce; membre du *Curatorium* de l'Académie de Droit International de La Haye, et de l'Institut de Droit International; président de la Société latino-américaine de droit international (2012-2013).
3. A.A. Cançado Trindade, *Evolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187; A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, Santiago de Chile, CECOHLibrotecnia, 2008, pp. 61-407; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368.
4. A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part II ", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2005, vol. 317, pp. 243-245; A.A. Cançado Trindade, "The Merits of Coordination of International Courts on Human Rights", *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, 2004, vol. 2, n° 2, pp. 309-312.
5. Pour un compte rendu de ces deux réunions, cf. A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 5^e éd., Belo Horizonte/Brazil, édit. Del Rey, 2012, ch. XXVI, pp. 575-607.
6. G. Morin, *La révolte du Droit contre le Code - La révision nécessaire des concepts juridiques*, Paris, Libr. Rec. Sirey, pp. 2, 6-7 et 109-115.
7. P. Calamandrei, *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, Ed. Jur. Europa-América, 1960, p. 67.
8. Cf. mon récent ouvrage à ce sujet : A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brazil, Édit. Del Rey, 2011, pp. 1-340.
9. Cf.: A.A. Cançado Trindade, "Quelques réflexions à l'occasion de la première réunion des trois Cours régionales des droits de l'homme", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2009), vol. 9, pp. 229-239 ; Ph. Weckel, "La justice internationale et le soixantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme", *Revue générale de droit international public*, 2009, vol. 113, pp. 5-17.
10. Prenons, par exemple, le système interaméricain des droits de l'homme: cinq étapes historiques peuvent être distinguées. La première étape, celle des antécédents du système, a été marquée par une panoplie d'instruments au contenu et aux effets juridiques variables (conventions et résolutions axées sur des situations ou des catégories de droits données). La deuxième étape, celle de la genèse du système interaméricain, s'est caractérisée par le rôle déterminant joué par la seule Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme et par le développement progressif de ses facultés. La troisième étape, celle de l'institutionnalisation conventionnelle du système, a débuté au moment de l'entrée en vigueur, en juillet 1978, de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme. La quatrième étape a été marquée par l'évolution de la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme ainsi que par l'adoption des Protocoles Additionnels à la Convention Américaine et des Conventions interaméricaines sectorielles. La cinquième étape, enfin, a été marquée par les efforts visant à renforcer le mécanisme de protection établi par la Convention Américaine.

SAUDAÇÃO NA ABERTURA DO IV CURSO BRASILEIRO INTERDISCIPLINAR EM DIREITOS HUMANOS, NO DIA 3 DE AGOSTO DE 2015, EM FORTALEZA, CEARÁ, BRASIL

.....
César Oliveira de Barros Leal

Procurador do Estado do Ceará; Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos;
Doutor em Direito pela UNAM; Pós-doutor em Estudos Latino-americanos pela UNAM; Pós-doutor em Direito pela UFSC.

Senhoras e senhores

Boa noite a todos e todas que nos privilegiam com sua presença nesta noite mágica em que inauguramos solenemente o IV Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos, tendo como temática central “O Respeito à Dignidade da Pessoa Humana”. Saudações aos ilustres integrantes da mesa, já nominados pelo mestre de cerimônias, com referência especial ao Prof. Paulo Bonavides, que sempre comparece a esta solenidade. Celebro a presença dos senhores e das senhoras (não os nominarei para não incorrer em omissões indesculpáveis) e registro a ausência por motivo superior de minha querida esposa Ivana e de minha filha Larissa, a quem saúdo em homenagem à dimensão da reciprocidade do afeto que nos une. Por último, agradeço, em nome da organização, especialmente em meu nome e da professora Soledad García Muñoz e do Prof. Joseph Thompson, às numerosas instituições, empresas e pessoas que nos proporcionaram um apoio inestimável.

Mais uma vez, sob as bênçãos de Deus-pai, superamos o desafio de dar sequência, densidade e brilho a esta que é em definitivo uma excepcional e exuberante experiência no domínio do ensino e da promoção dos direitos humanos.

Nesta bela cidade de Fortaleza, sede do IBDH, temos logrado reproduzir o prestigiado Curso promovido há trinta e dois anos pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, estimulados pela consciência de estarmos contribuindo para disseminar uma mensagem de fé nos direitos invioláveis do ser humano, em sua centralidade como pessoa, na linguagem de Zaffaroni, portadora de uma dignidade inata. Anima-nos igualmente a percepção de que estamos lançando a semente para que atividades outras, congêneres, com igual busca

da excelência, possam germinar em nosso continente latino-americano.

Hoje, pela manhã, deu-se início a este Curso, que se estenderá até a tarde do dia catorze, com a participação de dezenas de alunos e alunas, observadores e observadoras, de vários estados da federação e de outros países, os quais terão a chance de assistirem a conferências e painéis, ministrados por especialistas de diferentes nacionalidades, a isso se somando visitas institucionais, oficinas temáticas e um estudo de caso, elaborado pela Professora Sílvia Loureiro, em que se simula o encaminhamento de uma denúncia ao sistema interamericano de proteção dos direitos Humanos.

Muitos participantes das edições anteriores do Curso estão novamente conosco, alguns como palestrantes. A heterogeneidade do corpo discente é uma das características particulares deste evento, pois aqui conviverão, entre outros, advogados, juízes estaduais e federais, promotores e procuradores de justiça, procuradores do estado, defensores públicos, psicólogos, assistentes sociais, militares, agentes penitenciários, presos, egressos do sistema penitenciário, representantes da sociedade civil, militantes dos direitos humanos, formando um mosaico humano excepcionalmente rico.

Informo-lhes que teremos, ao longo do Curso, a cobertura do Jornal O POVO, nosso parceiro desde o ano passado, responsável pelo projeto “Somos todos Humanos”. E mais: lhes agrego que esta solenidade está sendo transmitida ao vivo para a Rede Latino-americana de Juízes, o Instituto Interamericano de Direitos Humanos e o Instituto Colombiano de Direitos Humanos, graças ao advogado Igor Brandão, a quem rogamos um aplauso pela disponibilidade e pelo espírito altruísta.

Estamos lançando hoje o 14º número da revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, bem como uma nova obra da autoria do Dr Antônio Augusto Cançado Trindade, escrita especialmente para o Curso, sob o título “A Responsabilidade do Estado sob a Convenção contra o Genocídio: Em Defesa da Dignidade Humana”. De igual forma, trazemos a lume uma coletânea de cinco livros sobre a temática central, em inglês, francês, espanhol, italiano e português, coordenada por mim e pelo Prof. Cançado Trindade, reunindo artigos de estudiosos de todo o mundo, que atenderam a nosso apelo. E, por outra parte, organizada por mim e pela professora mexicana Julieta Morales Sánchez, trazemos a lume o quarto tomo da Série “Estudios de Ciencias Penales y Derechos Humanos”, em homenagem ao professor mexicano Antonio Sánchez Galindo. Todas essas publicações, com o selo editorial do IBDH, do IIDH e da Expresão Gráfica, são distribuídas aos participantes do curso. Cinco delas têm igualmente a logomarca do Banco de Desenvolvimento da América Latina – CAF, que as patrocinou.

Neste exato instante, procederemos à entrega da Medalha Antônio Augusto Cançado Trindade, outorgada anualmente a duas pessoas ou instituições que se notabilizaram na promoção dos direitos humanos. Chamamos para recebê-la a Profa. Silva Loureiro, da Universidade do Amazonas, e o Dr. Elías Carranza, Presidente do Instituto Latino-americano das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento do Delinquente.

É o momento de chamar até aqui Hélio Leitão, Secretário de Justiça e Cidadania; e Arnaldo Fernandes Nogueira, advogado, membro da RENAPE. Eles receberão um reconhecimento do IBDH e do IIDH, como expressão de nosso apreço e de nosso tributo ao apoio dado à realização dos cursos interdisciplinares. Na segunda semana será entregue um terceiro reconhecimento a Elkin Eduardo, Presidente do Instituto Colombiano de Direitos Humanos.

Em nome do Dr. Augusto Bezerra, Presidente da Academia Cearense de Letras, faço a entrega da medalha comemorativa dos 120 anos de nossa Academia ao Dr. Antonio Augusto Cançado Trindade, à Dra. Fernanda Tonetto, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, e à Dra. Ana Paula Holanda, Professora da Universidade de Fortaleza.

Comunicamos que apenas três alunos do III Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos: Igualdade e Não Discriminação, realizado em 2014, fizeram jus ao certificado acadêmico, posto que apresentaram trabalhos redigidos com observância do eixo temático e dos requisitos de forma exigidos para esse fim. São eles: Juliana de Britto Avelino, Racquel Valério Martins e Renato Alves Vieira de Melo. Apenas Juliana, defensora pública, está agora presente e a chamamos para que venham até aqui. Racquel e Renato estão na Espanha, fazendo doutorado e simbolicamente lhes entregaremos os certificados no dia 10, por Skype.

Ressalte-se, com ênfase imperiosa, que, uma vez mais, o saldo remanescente na conta bancária aberta no Banco Bradesco para este evento será destinado às crianças e adolescentes, vítimas de câncer e outras doenças severas, assistidas pelo Lar Amigos de Jesus, sob a administração da Irmã Maria da Conceição Dias de Albuquerque, a quem pedimos uma salva de palmas, em louvor à sua obra, extraordinária, de transcendental magnitude e importância.

Senhoras e senhores. Como assinalamos nas cinco obras que coordenamos, Antônio Augusto Cançado Trindade e eu, a escolha da temática central *O Respeito à Dignidade da Pessoa Humana*, “levou em conta a atualidade, a relevância e a amplitude do princípio da dignidade humana, o mais universal de todos os princípios (e de igual modo, um dos mais polêmicos), alçado a fundamento da República nos termos da Constituição brasileira de 1988, a Constituição-Cidadã...” Os livros trazem, em anexo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e assim o fizemos porque esta destaca, em seu Preâmbulo, que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.” Afinal, “os povos das Nações reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres. E jamais nos esqueçamos de seu artigo 1º: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Titular de direitos, o homem deve ser respeitado em sua essência e dignidade, seja por seu grupo comunitário, seja pelo Estado, preservando-se teleologicamente sua condição intrínseca de pessoa humana, o que se realça com a ênfase

devida na doutrina, nos textos constitucionais, nas convenções, nos tratados e nas sentenças e votos emanados dos órgãos internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos. ”

Com esta percepção nos toca, nestas duas semanas, mergulhar no estudo crítico e objetivo do tema proposto, discutindo sua complexidade semântica e no mesmo passo sua relevância, seu significado na contemporaneidade, e sugerir e perseguir ações e políticas, no plano local e nacional, capazes de assegurar o respeito à dignidade pessoa humana e concorrer para a construção de uma sociedade solidária, justa e equitativa

Aos que participam do IV Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos, impõe-se, nesta linha de raciocínio, o dever irrenunciável de refletir sobre os temas que serão aqui abordados “e estimular seu debate em diferentes instâncias, disseminando esta mensagem coletiva, tão vigorosa quanto instigante, de fé no respeito à dignidade da pessoa humana, a mesma fé que nos move a lutar também pela afirmação de nossas crenças e pela realização de nossos sonhos.” Obrigado pela atenção.

SAUDAÇÃO NO ENCERRAMENTO DO IV CURSO BRASILEIRO INTERDISCIPLINAR EM DIREITOS HUMANOS, NO DIA 14 DE AGOSTO DE 2015, EM FORTALEZA, CEARÁ, BRASIL

.....
César Oliveira de Barros Leal

Procurador do Estado do Ceará; Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos;
Doutor em Direito pela UNAM; Pós-doutor em Estudos Latino-americanos pela UNAM; Pós-doutor em Direito pela UFSC.

Uma boa tarde para todos e todas. É chegada a hora. Estamos encerrando o IV Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos: O Respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

Foram duas semanas, intensas, ricas, em que materializamos, uma vez mais, o projeto de replicar em terras brasileiras o Curso promovido pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos há três décadas, em San José, na Costa Rica. Temos feito isso desde 2012 com garra, suor, destemor e ousadia, apesar da plethora de dificuldades que enfrentamos todos os anos e que jamais lograram quebrantar nosso entusiasmo.

Anima-nos a superar tantos desafios a certeza de que estamos fazendo nossa parte e que nossa mensagem, com a consistência e a perseverança de nosso ideário, tem alcançado a mente e o coração de centenas de pessoas visionárias, especialmente de quem, como vocês, se somam agora à legião de nossos ex-alunos e ex-alunas.

Tão logo se encerra uma versão do Curso, definido o tema da edição subsequente, começamos de imediato a esboçar o respectivo programa e convocar especialistas de numerosos países a participarem de nossa revista e das demais publicações, relacionadas com a temática central escolhida, em cinco línguas.

Desde a manhã do dia 03 vivemos junto, neste hotel, o privilégio de escutarmos dezenas de especialistas em direitos humanos, residentes em nosso estado ou oriundos de diversas regiões do Brasil e de outros países, que aqui vieram para discorrer sobre temas vinculados ao enfoque central e mostraram, em suas intervenções, a

relevância desses direitos e as formas de acesso ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Distribuímos em profusão nossos livros, não apenas do presente Curso (e foram muitos, em sua maioria em capa dura), como também das versões anteriores. De igual modo vocês receberam publicações do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e exemplares da revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, com o selo do Banco do Nordeste, que patrocina sua edição desde o primeiro número.

Foi intensa a aprendizagem, ancorada em conferências, painéis, oficinas temáticas, estudo de caso, visitas institucionais e um sem-número de apresentações musicais e teatrais. Deste conjunto matizado de informações, contatos e experiências, renascemos melhores, com a percepção de que estamos participando de um projeto inovador, de que estamos, sem vestígios de dúvida, fazendo história.

Uma bela chance tivemos de interagir, aprender e debater, num ambiente de absoluta liberdade, em que desfrutamos do privilégio de ouvir dezenas de palestrantes, portadores de ideias e ideologias não necessariamente compartilhadas por todos nós, porém compreensíveis num evento como este, de índole interdisciplinar.

O que foi debatido neste espaço, como referimos no ano passado, ressoará muito além deste salão e há de recolher a atenção de quem detém o poder de operar mudanças. Nutrimos a certeza de que, pouco a pouco, passo a passo, nossa mensagem ecoará com a sonoridade

de nossa crença, na busca imparável de um mundo mais justo e inclusivo, menos desigual e discriminatório, em que a dignidade da pessoa humana seja preservada na dimensão de nossos sonhos.

Agradecemos a nossos parceiros, às instituições que nos apoiaram. Não me atreveria a nominá-las, tal como afirmei no ato inaugural deste Curso, já que poderia incorrer em omissões imperdoáveis. Agradecemos aos professores e às professoras que ministraram tantas e tão preciosas exposições e aos que tomaram parte, como facilitadores e facilitadoras, das oficinas temáticas e do estudo de caso.

Agradecemos a vocês, destinatários da mensagem embutida neste Curso, por sua vigorosa e excepcional participação.

Convocamos, novamente, a equipe de apoio. Uma salva de palmas à empresa de eventos e ao grupo de voluntários e servidores cedidos pelas instituições apoiadoras.

Senhoras e senhores. Esperamos, sim, ter alcançado o propósito de levar a efeito um curso pujante, diversificado, em sintonia com os desafios deste mundo conturbado em que vivemos.

Pedimos que fiquem de pé. Neste momento, precisamente às 18h do dia 14 de agosto de 2015, damos por encerrado o IV Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos: O Respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

OPENING SPEECH IN CEREMONY AT THE FACULTY OF LAW OF VILNIUS UNIVERSITY, VILNIUS, LITHUANIA¹

.....
Dainius Žalimas

President of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania;
Professor of International Law at the Faculty of Law of Vilnius University.

Today, we are pleased and honoured to welcome an exceptional guest – Judge of the International Court of Justice, His Excellency Antônio Augusto Cançado Trindade. We highly appreciate His Excellency's kind consent to share his tremendous experience and thoughts on the development and prospects of international justice. Taking into account multiple challenges to international stability and the ensuing human suffering, I am sure that our guest's ideas about humanity-oriented international justice will become a source of inspiration for all of us. This is also an extraordinary opportunity for our students to become inspired and motivated from the very beginning of the new semester.

Judge Antônio Augusto Cançado Trindade's vision of international justice and International Law has been influenced by his prior experience in a position of the President of the Inter-American Court of Human Rights and his rich academic experience. Currently one of the most famous Professors of International Law, Mr. Cançado Trindade has been lecturing for nearly 40 years before different audiences all over the world: in Argentina, Venezuela, Colombia, Norway, Italy, Belgium, France and other States. It would take a while to present even a small part of the extraordinary rich professional biography of our honoured guest. To mention only few facts, the Professor is a Doctor *Honoris Causa* of University Panteion of Athens, of the American University of Paraguay, among others; a member of the Scientific Board of the Hague Academy of International Law (elected in 2004), and a Member of the Institute of International Law (*Institut de Droit International*, elected in 1997). Mr. Cançado Trindade also served as a legal adviser to the United Nations Environment Programme (UNEP, 1990-1992), the UN Refugee Agency (1994 and 2004), United Nations Development

Programme (1988), the Council of Europe (1995), the International Committee of the Red Cross (1997-2000), and UNESCO (1997). In 1985-1990, he was a Legal Adviser to the Ministry of External Relations of Brazil. Despite numerous positions and responsibilities, the Professor has produced an incredible number of publications, 30 of which are his books, nearly 500 monographs and articles. And all this is only part of his incredible biography.

Judge Cançado Trindade is known for his brave, anti-formalistic values-based approach to international law, as well as for his consistent critique of the unconditional primacy of the State over the individual. The dissenting opinions, publications, and lectures of our distinguished guest reveal his perception of international justice emanating from the universal juridical conscience, based on the duty of care for the humankind, human dignity, and respect for human rights. Judge Cançado Trindade is strongly committed to the view that international judges have a particular role in defending the international rule of law and ensuring protection of those most vulnerable, including women, migrants, and indigenous peoples. The Professor refers to scholars, practitioners, and students as "the new generations of international lawyers" dedicated to universalization and humanization². I also recall His Excellency in his Dissenting Opinion in the case of the *Jurisdictional Immunities of the State* (2012) noting that

Individuals are indeed subjects of international law (not merely 'actors'), and whenever legal doctrine departed from this, the consequences and results were catastrophic. Individuals are titulaires of rights and bearers of duties which emanate directly from international law (the *jus gentium*). Converging

developments, in recent decades, of the international law of human rights, of international humanitarian law, and of the international law of refugees, followed by those of international criminal law, give unequivocal testimony of this.³

There are many other ideas expressed by our honourable guest that I would like to quote. However, I am sure that soon we will have a unique opportunity to hear them from Judge Cançado Trindade directly. Thus, let me draw your attention to just one more particular idea, consistently advocated by Professor Cançado Trindade, namely, that States cannot use sovereignty and territorial control as a shield for committing crimes against humanity. Taking into account that for 50 years of occupation, all that Lithuania could rely on was international law, this idea is especially meaningful for us.

Dear colleagues, before finishing my short introductory speech, I would like to emphasize that our guest's visit to Vilnius is truly special. First of all, it is on very rare occasions that

we have an opportunity to welcome law professionals of such a high standing. Another reason is that His Excellency is from Brazil, the State that has never recognized or justified the occupation and repressive actions of the Soviet regime in Lithuania and other Baltic States⁴.

To quote the words of former Lithuanian President His Excellency Valdas Adamkus, "The support of such countries like Brazil [or the United States of America] was a major source of strength for our people who after fifty years of oppression and persecution were reborn as a nation and reestablished a free and independent state. Therefore, we highly value the bilateral relationship that exists today between Lithuania and Brazil – a relationship which is based on the common values of freedom, democracy, and respect for human rights and which has never been broken since 1931"⁵. Let me now pass the floor to our honourable guest His Excellency Judge Cançado Trindade.

NOTES

1. Introducing Judge Antônio Augusto Cançado Trindade's *aula magna* on "A Century of International Justice and Prospects for the Future", at Vilnius University, Vilnius, Lithuania, on 04 September 2015 (11:00h-13:00h).
2. Editorial review of the book *International Law for Humankind* (The Hague Academy of International Law Monographs). Christophe Swinarski, *International Humanitarian Legal Studies*, Issue 2, 2011.
3. Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade in the *Jurisdictional Immunities of the State* case (2012), para. 180.
4. Brazil recognized Lithuania *de jure* on 09.12.1921. Diplomatic relations were established in 1931. Brazil recognized the re-established independent State of Lithuania *de jure* on 04.09.1991. Diplomatic relations were re-established on 05.11.1991. From 1996 to 2004, Vytautas Antanas Dambrava served as the first Ambassador of Lithuania to Brazil after the re-establishment of independence (resided in Venezuela, then in Spain). From 1994 to 1995, Luiz Antonio Jardim Gagliardi served as the first Ambassador of Brazil to Lithuania after the re-establishment of independence (resided in Denmark). Information of the Ministry of Foreign Affairs of Lithuania, 2014.03.04, <https://www.urm.lt/default/en/bilateral-Brazil>.
5. President Adamkus Introduced Lithuania to Representatives of Brazilian Political, Business and Academic Communities, 18.07.2008. Available at: <http://archyvas.lrp.lt/en/news.full/9403>.

RESEÑA: JUDGE A. A. CANÇADO TRINDADE – THE CONSTRUCTION OF A HUMANIZED INTERNATIONAL LAW – A COLLECTION OF INDIVIDUAL OPINIONS (1991-2013), TOMOS I-II (PREFACIO DE D. SPIELMANN E INTRODUCCIÓN GENERAL DE A. DRZEMEZEWski); TOMO I (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS), LEIDEN, BRILL/NIJHOFF, 2014, PP. 9-852; TOMO II (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA), LEIDEN, BRILL/NIJHOFF, 2014, PP. 853-1876.

.....

María Teresa Infante Caffi

Profesora de Derecho Internacional de la Universidad de Chile.

I. LA OBRA

Bajo el título de *The Construction of a Humanized International Law*, la serie titulada “The Judges” de Brill/Nijhoff, ha publicado el sexto volumen (en dos tomos) de Opiniones Individuales de Jueces contemporáneos destacados (desde 1945 hasta hoy), seleccionadas por un Comité Especial. El autor de estos Votos Razonados, Concurrentes o Disidentes, entre 1991 y 2013, es el Profesor y Juez Antonio Augusto Cançado Trindade, quien ha integrado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y actualmente es miembro de la Corte Internacional de Justicia. En 25 años de integración de tribunales internacionales, sus escritos han dejado un sello doctrinario y personal. Al participar en dos tribunales de competencias distintas, la voz de Cançado Trindade los presenta a través de elementos comunes teniendo como centro de referencia su función primordial, cual es aplicar el derecho internacional a casos concretos. Ello, en la perspectiva del Juez, consiste en buscar la humanidad y la persona humana detrás del Estado como sujeto de derechos y de obligaciones.

En un Voto Concurrente sobre la Opinión Consultiva n. 15 relativa a los *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos*

Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos -1997)¹, explica justamente como la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), puede servir en el ejercicio de competencias por la otra. La materia en que se planteó la pregunta tenía interés además, por cuanto el Estado que había solicitado la Opinión Consultiva, había retirado posteriormente su petición.

Las decisiones judiciales se exponen a la lectura de forma de apreciar no sólo los claroscuros y las disidencias propias de su adopción, sino también una forma de ver el derecho internacional, tanto por el Juez, como por el Profesor. Son 34 capítulos, 20 dedicados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y 14 a la Corte Internacional de Justicia, cada uno agrupando textos bajo un título indicativo de la línea de pensamiento medular que los agrupa.

II. EL OFICIO DEL JUEZ

Cançado Trindade inició su carrera internacional con el tema del agotamiento de los recursos internos, tema que retorna en esta obra en uno de sus Votos Individuales, de 1991². Al abordar la excepción presentada por un Estado, el Juez (ad hoc) razona si aquél puede hacerla

valer dos veces, primero ante la Comisión y luego ante la Corte, desechando tal posibilidad sobre la base de los principios de buena fe, estoppel y la igualdad de medios entre la víctima y el demandado.

Poco más de 20 años después de iniciar su carrera como Juez (ad hoc) en San José, Cançado Trindade emite una Opinión Disidente en la Corte de La Haya, en el caso *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia versus Russian Federation*, excepciones preliminares, Sentencia del 01.04.2011). Allí, el Juez expone la historia de las disposiciones del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para reafirmar la valoración de la jurisdicción obligatoria en el sistema de protección de derechos humanos. Esta vez, al amparo de la cláusula compromisoria (cláusula pétrea en palabras del autor), se aborda los supuestos de los tratados sobre derechos humanos como instrumentos vivos. La Opinión Disidente del Juez Alejandro Álvarez en el caso de la *Anglo-Iranian Oil Company* (excepciones preliminares, Sentencia del 22.07.1952) aporta una cita para reforzar la idea anterior, que apunta finalmente a una interpretación de los tratados conforme a su espíritu³.

Las Opiniones Individuales contenidas en la presente obra muestran una nítida línea de pensamiento, basada en la relación entre conciencia y derecho, que siempre sitúa el fenómeno jurídico desde la perspectiva de la persona humana como titular de derechos. La teoría supone que la soberanía del Estado, definida como potestad suprema, cede en favor de la solidaridad hacia y con el individuo y sus avatares⁴. De ahí se sustenta el derecho de petición (diferente del derecho a petición)⁵, una de las piedras angulares de los regímenes de protección de los derechos humanos y que en el sistema interamericano se reconoce sin necesidad de aceptación expresa de los Estados para acceder a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (que preexistió a la Corte), lo que recoge la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 44). Esa prerrogativa sirve ahora de antecedente a la participación del peticionario en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*locus standi in iudicio*), en calidad de titular de derechos, como fuera admitida en el Reglamento de la Corte desde 2000.

En *La Reconstrucción del Derecho de Gentes – El Nuevo Orden y la Renovación Social* de Alejandro Álvarez y el *Tratado de Direito Internacional Público*, de H. Accioly, distinguidos juristas latinoamericanos, el Juez Cançado Trindade encuentra claras demostraciones de la histórica importancia de la personalidad jurídica del individuo. De ahí surgen preguntas: ¿Son los derechos otorgados por el Estado o son ellos reconocidos por el Estado?, ¿dónde está la verdad en las respuestas que se postulan?

III. LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO FUENTE DEL DERECHO

Las Convenciones fundacionales de los grandes sistemas regionales constituyen una fuente para articular una visión integral del derecho de la persona humana, sea a través de obligaciones *erga omnes* que incumben a todo Estado, o porque tales obligaciones pesan también en las relaciones interindividuales. Es la tesis que estructura la Opinión Consultiva n. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. del 28 de agosto de 2002.

Una extensa explicación acerca de las particularidades de los Convenios sobre derechos humanos, especialmente aquéllos que remiten la aplicación de sus normas a un tribunal especializado, puede leerse en su Voto Concurrente en el caso *Caesar versus Trinidad y Tobago* (fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 11.03. 2005). En su Voto, Cançado Trindade⁶ formula un severa crítica al régimen de reservas a esos Convenios y observa una convergencia en las aproximaciones de las Cortes Europea y la Interamericana respecto del tema.

La lectura de la obra va mostrando un conjunto de Votos Individuales a partir de los cuales se desprende un razonamiento que tiene su eje en la perspectiva de la especificidad del derecho de los derechos humanos; así se recoge en el caso de la prohibición de las auto-amnistías⁷ y la constante reflexión acerca de las limitaciones temporales a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su influencia en la caracterización de ciertas conductas⁸. Sobre este enfoque, es también oportuno mencionar la relación (jurídica) que el Juez postula entre la protección judicial (acceso a la justicia, art. 25 de la Convención Americana)

y las garantías judiciales (art. 8 de la Convención Americana), en cuanto ellas aportan un enfoque unitario al concepto del debido proceso legal, conforme a una interpretación teleológica de ese instrumento⁹.

Este enfoque se refleja al analizar la administración de territorios bajo la tutela de las Naciones Unidas y su relación con la población allí existente (pueblos en último término), que también se ha planteado en el trabajo en la Corte Internacional de Justicia. Al abordar la *Declaración de Independencia de Kosovo* (2010)¹⁰, el Juez Cançado Trindade toma nota que una serie de órganos de las Naciones Unidas habían expresado preocupación por la crisis humanitaria prevaleciente. Con ese telón de fondo, el Juez expone que la cuestión relativa a la legalidad de la declaración de independencia emerge como un eslabón en la cadena de acontecimientos, en los cuales el no cuestionamiento de la legalidad no es sino un hecho indisolublemente unido a la crisis humanitaria que había prevalecido por más de una década. Por eso, estima que es desafiante la tesis expuesta en algunos documentos de Naciones Unidas, de que es positivo que Kosovo se comprometa con instancias internacionales y regionales, en el marco de un proceso de adaptación con la UNMIK (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo). Nuevamente, es el enfoque humanitario el que lleva a postular la aplicación del principio *ex injuria jus non oritur* a las (graves) conductas ocurridas en y respecto de Kosovo¹¹.

Cançado Trindade se manifiesta en favor de un reconocimiento amplio de la competencia de la Corte Internacional de Justicia, y para ello, propugna la inclusión de cláusulas compromisorias en los tratados internacionales. Esta fórmula – como lo conocen quienes ejercen la función judicial – fue particularmente estudiada por el *Institut de Droit International*, que adoptó la resolución en Neuchâtel (1959), sobre *Compulsory Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, mediante la propuesta de que

In the interest of world economic development it is desirable that economic and financial agreements concerning development schemes, whether concluded between States or concluded with States by international organisations or international public corporations,

should contain a clause conferring on the International Court of Justice (so far as the Statute of the Court allows) or on another appropriate international court or arbitral tribunal compulsory jurisdiction in any dispute relating to their interpretation or application.

¿Es la jurisdicción obligatoria la más alta expresión de la regla de derecho en el plano internacional?. ¿Conduce ella a un orden jurídico internacional más cohesionado y guiado por el imperativo de la realización de la justicia?. La reflexión del Juez Cançado Trindade está profundamente inspirada en la hermenéutica de los tratados sobre derechos humanos, donde postula la convergencia de la casuística jurídica de los tribunales europeo e interamericano, así como de otros órganos supervisores:

The specificity of the International Law of Human Rights finds expression not only in the interpretation of human rights treaties in general but also in the interpretation of specific provisions of those treaties¹².

Las inferencias aplicables a la competencia de la CIJ son directas: las disposiciones relativas a los deberes de los Estados no pueden subordinarse a las reglas relativas a la solución de controversias, que están modeladas sobre la base de las relaciones entre Estados. Así se explica el Voto Disidente en la CIJ en el caso de la *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* (Georgia versus Federación Russa, excepciones preliminares, Sentencia de 01.04.2011). Allí, el Juez expone¹³ que, mientras Rusia sostiene que el carácter *erga omnes* de una norma y la regla del consentimiento respecto de la jurisdicción de un tribunal eran dos cosas diferentes, Georgia sostiene que el carácter no-sinalagmático de los tratados de derechos humanos conlleva una interpretación amplia de las cláusulas compromisorias, versus una más limitada que postula el demandado.

Cançado Trindade recuerda también el principio del efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*), que considera aplicable no sólo tratándose de las normas sustantivas de las Convenciones sobre derechos humanos, sino también en lo relativo a las normas procesales. Vale decir, la naturaleza del tratado debe considerarse junto con los elementos del texto en su sentido corriente, el contexto, el objeto y el fin. La tesis central es que el propósito de este

*Extraditar (Bélgica versus Senegal, Sentencia del 20.07.2012), cuando critica el décalage entre el tiempo del ser humano y el tiempo de la justicia*¹⁸. Y ciertamente, el tiempo es también una dimensión sustantiva en su Voto Disidente en el caso de las *Imunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania versus Italia, Ordonance sobre demanda reconvencional, del 06.07.2010)*¹⁹, en relación con la teoría del ilícito permanente o continuo.

El tono de la discrepancia en el caso de la *Obligación de Procesar o Extraditar* (Bélgica versus Senegal, Medidas Provisionales, 2009), es notable. En este caso, el derecho a que se ejerza justicia se resume en la frase *aut dedere aut judicare* y en la invocación de que existe una garantía colectiva que puede ejercerse respecto de los derechos protegidos. En este asunto, el Juez Cançado Trindade estima que los hechos merecen la aplicación de un enfoque jurídico afín con la conciencia jurídica universal. Vale decir, que llame a los países constituídos por unidades soberanas a avanzar hacia el ideal de una *civitas maxima gentium*.²⁰

V. VOTOS DISIDENTES

Estos Votos de Cançado Trindade se estructuran como si se tratase de lecciones de derecho internacional. Algunos reflejan el deseo de que la tribuna judicial sea también una cátedra para que los Estados comprendan el sentido de determinadas cláusulas, como las contenidas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en lo relativo a la jurisdicción obligatoria o voluntaria de ese Tribunal, cuya cumbre es la llamada cláusula opcional mediante la cual se declara unilateralmente aceptar la competencia obligatoria, pudiendo ajustarla mediante limitaciones y reservas.

Después de ese Voto Disidente, el Juez Cançado Trindade eleva más el nivel de la discusión en el marco de la decisión de la CIJ sobre las *Imunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania *versus* Italia, 2012). Allí sostiene que el quebrantamiento de normas fundamentales cuya validez se relaciona con la noción de *jus cogens*, no puede ser protegido por las reglas relativas a la inmunidad. Los crímenes contra la humanidad no califican como actos de gestión o como actos de autoridad, postula el Juez, y, en cualquier caso, es el derecho del individuo de acceder a la justicia el que debe prevalecer, opina el Juez.

La consolidación del *jus cogens* en derecho internacional, es una característica que el Juez Cançado Trindade estima esencial para el futuro del mundo. ¿Qué es la primacía del *jus cogens* en esta perspectiva teórica? Es una forma de atribuir un valor jurídico superior a las “consideraciones elementales de humanidad”²¹, afirma él en su disidencia en el caso de las *Imunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania versus Italia, 2012).

Así lo había remarcado en un Voto contundente en el caso *Goiburú y Otros versus Paraguay* (2006)²² en la CIADH, donde desarrolla el concepto de crimen de Estado. Anteriormente se había referido a esta noción como fuente de la responsabilidad agravada del Estado, en el caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (2003)²³, explicando los diferentes fundamentos que configuran un crimen de esa naturaleza en el derecho internacional, que no es necesariamente el sentido que aquél tiene en el derecho interno.

La especificidad del derecho internacional se observa también en el tratamiento de la reparación de ese tipo de crímenes, para lo cual introduce elementos propios del derecho de los derechos humanos. Son varias los Votos Individuales donde el término de crimen agravado va a ser invocado por Cançado Trindade. Así, critica²⁴ las decisiones de la Corte en los casos *Arrest Warrant* (2002) y *Actividades Armadas en el Territorio del Congo* (D.R. Congo versus Rwanda, 2006), como una deconstrucción del *jus cogens*, ejercicio donde la Corte ha limitado el papel de las normas que merecen tal calificación. De igual manera, el Juez analiza la inmunidad de jurisdicción del Estado frente a la gravedad de los crímenes contra la humanidad, donde para abordar la primera, sostiene que no puede dejarse de lado el deber de reparar a las víctimas de los hechos lesivos.

El orden público se desestabiliza –según este enfoque– no porque se desconozca la inmunidad de jurisdicción, sino porque no se adoptan remedios por las vías jurídicas a las graves violaciones a los derechos humanos. El Voto Disidente en el caso de las *Imunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania versus Italia, con intervención de Grecia, 2012), es ciertamente la más desarrollada de las que contiene la obra, y en ella se resume un compendio de valores que el Juez cree necesario incorporar en el ejercicio de la justicia, por razones de orden público y de conciencia jurídica

universal. Es ciertamente una concepción del derecho natural que busca retornar.

VI. *JUS COGENS* Y REPARACIÓN

En la Corte de San José, el Juez ya había desarrollado una completa teoría sobre el contenido material del *jus cogens*, término dentro del cual sitúa el principio del acceso a la justicia. Él está presente en muchos párrafos de los Votos Individuales incluidos en la colectánea, en particular cuando plantea la indisociabilidad de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, – como lo dice en el Voto Razonado emitido en el caso del *Masacre de Pueblo Bello versus Colombia*²⁵, relacionando el derecho a ser oído con el derecho a disponer de un recurso que ampare contra la violación de derechos fundamentales.

La teoría del *jus cogens* también había sido invocada en la Corte de San José²⁶, en relación con la prohibición absoluta de la tortura – física y psicológica – en el ámbito de un sistema de normas que constituye un verdadero régimen jurídico internacional. Así aborda el caso *Maritza Urrutia versus Guatemala* (sentencia de 27.11.2003), donde el Voto Concurrente del Juez se refiere al origen de la tipificación de la tortura como un crimen contra el derecho internacional²⁷, hallándola en la práctica de la ComEDH, en los casos sobre Grecia (1967-1970), y en la jurisprudencia de la CtEDH, en el caso *Irlanda versus Reino Unido* (1971-1978). Igual tesis plantea Cançado Trindade en su Voto Concurrente²⁸ en la Opinión Consultiva n. 18 de la CtIADH sobre la *Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados* (17.09.2003), donde hace referencia a la jurisprudencia de la CtEDH y a una sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (caso *A. Furundzija*, Sentencia del 10.12.1998)²⁹. Allí se sostuvo que la tortura estaba prohibida tanto por el derecho convencional, como por la costumbre internacional.

En un paréntesis inspirado en la literatura, el Juez invoca *Memoirs from the House of the Dead*, de Dostoyevsky (1862); ello le permite recordar, en el Voto Razonado en el caso *Tibi versus Ecuador* (2004)³⁰, el papel de la autorehabilitación y de la reparación ante las afrentas del mundo, una de las cuales se origina en las prisiones donde predomina la brutalización de las personas. Una vez más, el principio de humanidad enraizado en la conciencia humana

se yergue contra la tortura, en las palabras de Cançado Trindade. Al referirse a ese caso, el Juez recuerda al jurista A. Cassese³¹, quien escribiera a propósito de la prohibición de la tortura y los requisitos que limitan o previenen el recurso por fuerzas policiales a ese tipo de trato inhumano.

En el caso (CIJ) de *A.S. Diallo (Guinea versus D.R.Congo, 2012)*, las reparaciones debidas a un nacional guineano que había sufrido actos discriminatorios y dañinos contra sus bienes y personas en la RDC, merecen al Juez Cançado Trindade una serie de reflexiones sobre la razón del deber de reparación³². En su argumentación, el Juez cita a Anzilotti, Kelsen, Fauchille y la obra de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, que, desde la perspectiva del Estado, visualizaron el alcance de la reparación y la sistematizaron. En el caso *La Cantuta versus Perú* (Interpretación de Sentencia del 30.11.2007), el Juez aborda el deber de reparar considerando la víctima, no el Estado que asumió su protección. Aquí, resalta la expansión de la condición de víctima y postula la consideración del daño inmaterial de (allí la pregunta: ¿qué prueba es aceptable?) y la búsqueda de un nuevo equilibrio entre el Estado y las víctimas³³.

Este párrafo, tomado del Voto Razonado del propio Juez Cançado Trindade en el caso *Bulacio versus Argentina* (2003)³⁴, revela el alcance de este enfoque:

La reparación, así entendida, comportando, en el marco de la realización de la justicia, la satisfacción a las víctimas (o sus familiares) y la garantía de no-repetición de los hechos lesivos, –tal como es sostenida por la Corte Interamericana en la presente Sentencia en el caso *Bulacio Vs. Argentina*,– se reviste de innegable importancia. El rechazo de la indiferencia y del olvido, y la garantía de no-repetición de las violaciones, son manifestaciones de los lazos de solidaridad entre los victimados y los potencialmente victimables, en el mundo violento y vacío de valores en que vivimos. Es, en última instancia, una expresión elocuente de los lazos de solidaridad que unen los vivos a sus muertos³⁵. O, más precisamente, de los lazos de solidaridad que unen los muertos a sus sobrevivientes, como se estuvieron aquéllos diciendo a éstos: no hagan con otros lo que hicieron con nosotros y con nuestros padres sobrevivientes, para que puedan ellos y sus hijos seguir teniendo

una vida sencilla y feliz, quizás sin saberlo. (párr. 40).

Difícilmente podría haber una mejor forma de sintetizar el pensamiento del Juez. ¿Es el papel de una Corte de Derechos Humanos actuar sobre la brutalidad ejercida contra niños y jóvenes, y en qué medida la reparación que ella determina ejerce una influencia en la sociedad donde ocurrieron los hechos?³⁶ Las Sentencias que son el contrapunto de los Votos Individuales del Juez Cançado Trindade, muestran que los países no han permanecido estagnados y que la Corte, junto a otros órganos y la propia fuerza del Estado de Derecho, generan límites al actuar de los agentes del Estado, dándole un sentido más jurídico a su actuar.

En este ámbito, no es raro que el Juez se refiera al desarraigo como un problema de derechos humanos y fenómeno de dimensión espiritual y cultural ligado al desplazamiento forzado de las personas, respecto de quienes se deben asumir los deberes hacia las personas fallecidas que fueron objeto de masacres y violencia. El Juez termina su Voto Razonado en el caso de la *Comunidad Moiwana versus Surinam* (2005), con la frase: – “El recuerdo es una manifestación de gratitud y la gratitud es, tal vez, la manifestación más noble de rendir justicia verdadera”³⁷. La cercanía de esta jurisprudencia con la del derecho a una identidad cultural es nítida, como resulta del caso entre la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya versus Paraguay*³⁸, que integra al razonamiento jurídico algunos elementos sociológicos, y donde se aceptase prueba acotada para demostrar la causalidad entre los hechos.

VII. PRINCIPIOS GENERALES

Un continuo entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el que debe aplicar la Corte Internacional de Justicia se aprecia en el planteamiento sobre el rol de los principios generales del derecho, donde el Voto Razonado del Juez Cançado Trindade hace una puntualización. En su concepto, “el artículo 25 de la Convención Americana constituye efectivamente un pilar del Estado de Derecho en una sociedad democrática, en estrecha relación con las garantías del debido proceso legal (artículo 8), dando debida expresión a los principios generales del derecho universalmente reconocidos, que pertenecen al dominio del *jus cogens* internacional”³⁹.

En su Voto Razonado en el caso (CIJ), de las *Papeleras en el Rio Uruguay (Argentina versus Uruguay, 2010)*, el Juez desarrolla el concepto de principios generales del derecho, situándolos en el rango de un *jus necessarium* (en particular la prevención y la precaución medioambiental), que son expresión de una “idea de la justicia”. Es también la oportunidad en que la tesis del Juez sobre la costumbre internacional, se plantea de forma que el elemento *opinio juris* no sería tanto de orden constitutivo, sino más bien expresión de un *status conscientiae*⁴⁰ de los miembros de la comunidad internacional en su conjunto.

En su Voto Razonado en el caso (CIJ) de la *Disputa Fronteriza (Burkina Faso versus Niger, 2013)*, la relación entre persona humana, población, territorio y límites es enfocada mediante la ecuación que denomina el factor humano y las fronteras⁴¹. No es un tema añejo, y se refleja actualmente en la complementación necesaria entre un límite fronterizo y la cooperación transfronteriza, donde se puede manifestar incluso la transhumancia. En estas circunstancias, el Juez Cançado Trindade avanza en su argumentación, y sostiene que, más allá del caso concreto, es la solidaridad humana la que entra en juego *pari passu* con la seguridad

de las fronteras, pero esa afirmación no lo lleva a sostener que se ha derogado el rol de esta última.

La obra, en su conjunto, expone una concepción de justicia objetiva derivada de los principios fundamentales del derecho internacional, los que son el sustrato del derecho internacional, que no queda limitado al consentimiento de los Estados.

Después del cierre de la edición de esta obra, el Juez Cançado Trindade ha continuado formulando Votos Individuales, dos de ellos relativos a temas ambientales y a la conducta exigida por el enfoque precautorio⁴². Asimismo, el Voto Disidente en el caso de la *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Crimen of Genocidio (Croatia versus Serbia, 2015)*, también del período más reciente, nuevamente plantea la creencia de que la *razón de la humanidad* es superior a la razón del Estado, lo que se traduce en una crítica a la valoración separada del *actus reus* del *mens rea* en el crimen de genocidio.

Esta forma de aproximarse al Derecho ha ido dejando una huella doctrinaria, que pocos juristas tendrán la oportunidad de hacer presente con la misma jerarquía en el Tribunal de La Haya.

NOTAS

1. CtIADH, Serie A, n. 15, Voto Concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, en particular párrs. 11-17.
2. CtIADH, caso *Gangaram Panday versus Surinam* (excepciones preliminares, Sentencia del 04.12.1991), Serie C, n. 12, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade.
3. Voto Disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, caso *Georgia versus Federación Rusa*, excepciones preliminares, Sentencia de la CIJ del 01.04.2011, párrs. 171-172.
4. Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade en el caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú*, excepciones preliminares, Sentencia de la CtIADH del 04.09.1998, Serie C, n. 41. Cf. también Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade en el caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú* (Sentencia de la CtIADH del 28.02.2003, Serie C, n. 98).
5. Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade en el caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú* (excepciones preliminares, Sentencia del 04.09.1998), Serie C, n. 41, párr. 9.
6. CtIADH, Serie C, n. 123, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, sección 2.
7. CtIADH. caso *Barrios Altos versus Perú* (fondo. Sentencia de 14.03.2001), Serie C, n. 75; CtIADH, caso *Almonacid Arellano y Otros versus Chile* (Sentencia del 26.09.2006, Serie C, n. 154).
8. Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, en CtIADH, caso *Blake versus Guatemala* (fondo, Sentencia de 24.01.1998), Serie C, n. 36.
9. CtIADH. caso de la *Masacre de Pueblo Bello versus Colombia*, Sentencia del 31.01.2006, Serie C, n. 140; Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade en CtIADH, También el Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade en CtIADH, caso de las *Masacres de Ituango versus Colombia* (Sentencia del 01.07.2006), Serie C, n. 148, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade.
10. Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, en la Opinión Consultiva de la CIJ sobre la *Declaración de Independencia de Kosovo*, *I.C.J. Reports* (2010) p. 403.
11. El Juez recurre a la jurisprudencia de otro tribunal internacional, el ICTY (sigla en inglés), para invocar lo que denomina es el reconocimiento judicial de los hechos ocurridos en Kosovo; cf. Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párrs. 156-163.
12. Voto Razonado del Juez Judge Cançado Trindade, párr. 89, en el caso *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinea versus D.R. Congo, fondo), *I.C.J. Reports* (2010) p. 639.
13. Voto Disidente del Juez Cançado Trindade, párrs. 74-75, en el caso de la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (Georgia versus Federación Rusa, excepciones preliminares, Sentencia de la CIJ del 01.04.2011).
14. Recogido en la Opinión Disidente del Juez Cançado Trindade, *op.cit.*, párrs. 170-171, en el caso sobre la *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (Georgia versus Federación Rusa, excepciones preliminares, Sentencia de la CIJ del 01.04.2011).
15. Voto Disidente del Juez A. Álvarez en el caso de la *Anglo-Iranian Oil Company* (excepciones preliminares, Sentencia del 22.07.1952), *CIJ Reports*, pp.131-132.
16. Opinión Consultiva OC-16/99, del 01.10.1999, Serie A, n. 16.
17. Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 11, donde cita una frase del fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Tyrer versus Reino Unido*, Sentencia del 25.04.1978, Serie A, n.26, pp. 15-16, párr. 31.
18. Párr. 147.
19. Párrs. 84-91.
20. Voto Dissidente del Juez Cançado Trindade, párr. 103.
21. CIJ, caso de las *Imunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania versus Italia, con intervención de Grecia, Sentencia de la CIJ de 2012), *I.C.J. Reports* (2012), Voto Dissidente del Juez Cançado Trindade, párrs. 288-299, en especial párr. 290.
22. CtIADH, caso *Goiburú y Otros versus Paraguay*, Sentencia del 22.09.2006, Serie C, n. 153, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade.
23. CtIADH, caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (Sentencia del 25.11.2003, Serie C,

- n. 101), Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade.
24. CIJ, caso de las *Imunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania versus Italia, con intervención de Grecia, 2012), Voto Dissidente del Juez Cançado Trindade, párrs. 295-297.
 25. CtIADH, caso de la *Masacre de Pueblo Bello versus Colombia*, Sentencia del 31.01.2006, Serie C, n. 159, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 62.
 26. CtIADH, caso *Blake versus Guatemala* (fondo. Sentencia del 24.01.1998, Serie C, n. 36, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade.
 27. Serie C, n. 103, Voto Concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, párrs. 7-8.
 28. Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 69.
 29. <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>.
 30. Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, caso *Tibi versus Ecuador*, Sentencia del 07.09.2004, Serie C, n. 114.
 31. A. Cassese, *Inhuman States – Imprisonment, Detention and Torture in Europe Today*, Cambridge, Polity Press, 1996, p. 21.
 32. Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párrs. 200-212.
 33. Serie C, n. 173, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 41-43.
 34. CtIADH, caso *Bulacio versus Argentina*, Sentencia del 18.09.2003, Serie C, n. 100, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 40.
 35. Corresponde a la nota 45 del Voto: “45. Sobre estos lazos de solidaridad, cf. mis Votos Razonados en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Sentencias de la Corte Interamericana sobre el fondo, del 25.11.2000, y sobre reparaciones, del 22.02.2002).”
 36. CtIADH, caso *Servellón García y Otros versus Honduras*, Sentencia del 21.09.2006, Serie C, n. 152; CtIADH, caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*), fondo, Sentencia del 19.11.1999, Serie C, n. 63.
 37. CtIADH, caso de la *Comunidad Moiwana versus Surinam*, Sentencia del 15.06.2005, Serie C, n. 124, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 93.
 38. CtIADH, caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya versus Paraguay*, Sentencia del 29.03.2006, Serie C, n. 146.
 39. Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr.35. CtIADH, caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya versus Paraguay*, Sentencia del 29.03.2006, Serie C, n. 146.
 40. Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 7.
 41. Voto Razonado del Judge Cançado Trindade, párrs. 63-69.
 42. CIJ, Sentencias de 2015 en los casos de la *Construcción de una Rodovía en Costa Rica al largo del Rio San Juan* (Nicaragua versus Costa Rica), y de *Ciertas Actividades Ejecutadas por Nicaragua en el Area Fronteriza* (Costa Rica versus Nicaragua).

IV CURSO BRASILEIRO INTERDISCIPLINAR EM DIREITOS HUMANOS: O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

.....

UMA LONGA TRADIÇÃO

O Curso Interdisciplinar em Direitos Humanos em San José, Costa Rica, completa 32 anos.



Conferência Magna do Secretário Geral da OEA no XXX Curso Interdisciplinar em Direitos Humanos na Costa Rica

O Curso Interdisciplinar em Direitos Humanos tem sua origem na Costa Rica, sede do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

Desde 1982 o Curso vem construindo uma rede que já alcança mais de 3500 ex-alunos/as, tendo trabalhado temas como: educação em direitos humanos, direitos econômicos sociais e culturais, participação política e direitos humanos desde a dimensão da pobreza.

Em 2012, foi replicado pela primeira vez fora da Costa Rica, através de uma parceria entre o Instituto Brasileiro de Direitos Humanos e o Instituto Interamericano de

Direitos Humanos, e se realizou entre 18 e 29 de junho em Fortaleza, Ceará.

O Curso no Brasil se aproveita da grande experiência do curso costarricense, seguindo suas diretrizes e tomando como modelo sua concepção acadêmica.

A edição brasileira se caracteriza por tratar, também, de temas relacionados com a realidade brasileira e contar com professores/as nacionais (além dos estrangeiros), com reconhecida competência em suas áreas de atuação.

Um grande começo

Os três primeiros Cursos Brasileiros Interdisciplinares em Direitos Humanos foram considerados exitosos pela totalidade de seus participantes.

O primeiro teve como temática central “Os Direitos Humanos desde a Dimensão da Pobreza”. O segundo tratou do “Acesso à Justiça e Segurança Cidadã”. O terceiro elegeu como tema central “Igualdade e Não Discriminação”. Os três contaram com um numeroso grupo de alunos e observadores.

A partir do II Curso, abrimos a participação para alunos e observadores do exterior, sobretudo da América Latina. Espera-se que, na quarta versão, esse número se amplie consideravelmente. O curso é bilíngue (português e espanhol), não havendo tradução simultânea.

INSTITUIÇÕES REALIZADORAS



Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Fundado em 1990 e com sede em Fortaleza, Ceará, o IBDH é uma sociedade civil sem fins lucrativos, cuja finalidade é desenvolver o ensino e a pesquisa em Direitos Humanos, assim como garantir sua promoção. O Instituto realiza cursos, seminários, fóruns e congressos, além de editar revistas e livros de investigação científica e manter uma biblioteca especializada.

Instituto Interamericano de Direitos Humanos

O IIDH é uma instituição autônoma, de caráter acadêmico, cujo mandato fundamental é a promoção, investigação e educação em Direitos Humanos, com ênfase na realidade das Américas. Foi criado em 1980 por um convênio entre a Corte Internacional de Direitos Humanos e o Governo da República da Costa Rica, país onde se localiza sua sede, tendo atualmente dois escritórios: um na Colômbia e outro no Uruguai, para a América do Sul. O IIDH promove o respeito aos direitos humanos consagrados na Convenção Americana, assim como em outros tratados.

Data e lugar

O IV Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos terá lugar no Hotel Blue Tree em Fortaleza, Ceará, de 03 a 14 de agosto de 2015. O evento possui caráter de imersão, com atividades nos três turnos.

Apoios de peso



O Curso no Brasil conta com grandes parceiros desde sua primeira edição, a saber: a Procuradoria Geral do Estado do Ceará, através de seu Centro de Estudos e Treinamento (Cetrei) e a Universidade de Fortaleza (Unifor). Ambas as instituições contribuem para garantir *impacto e excelência* na realização do evento.

Numerosas instituições nacionais e estaduais também apoiam esta edição. A título de exemplo (pedindo escusas pelas omissões), citamos: a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, a Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará, a Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Ceará, a Associação dos Defensores Públicos do Estado do Ceará, a Justiça Federal do Estado do Ceará, a Coordenadoria das Políticas Públicas dos Direitos Humanos do Governo do Estado do Ceará, a Secretaria Municipal de Cidadania e Direitos Humanos de Fortaleza, o Colégio Ari de Sá Cavalcante e as Óticas Boris.

Ação e reflexão

O Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos tem uma proposta completa e abrangente. É estruturado, em primeiro lugar, como plataforma de capacitação em Direitos Humanos no Brasil e no Sistema Interamericano, com subtemas que mudam a cada edição. Assenta-se em três pilares: estudo, reflexão e solução.

Seu elevado nível acadêmico é reconhecido por seus participantes. Destaque para a publicação de livros e a presença de professores de nomeada, mestres e doutores em sua maioria, do Brasil e do exterior.

Todas as atividades são pensadas de maneira a gerar novas ideias e debates, aproveitando a oportunidade única de unir, num espaço eminentemente acadêmico, professores universitários, formuladores de políticas,

operadores da justiça, ativistas da sociedade civil, dentre muitos outros.

As oficinas e o estudo de caso, além de reflexão e do debate, se propõem gerar soluções conjuntas e planos de ação que impactem positivamente o tema discutido, que se enriquece através do debate plural e democrático.

O Curso combina conferências magnas, painéis de especialistas, mesas de discussão, estudo de caso, oficinas temáticas, e muito mais, com o objetivo de elaborar propostas de ação ante questões magnas do cenário brasileiro relativas à temática central.

Legado que dura

O impacto do Curso não se resume às duas semanas de imersão: sua proposta de capacitação e discussão vai além do público imediatamente envolvido, mediante a publicação de obras relacionadas com o tema de cada edição. Os artigos são escolhidos através de uma seleção internacional aberta ao público em geral, com o emprego, inclusive, das redes sociais.

Este ano serão publicados cinco livros sobre a temática O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (em português, francês, inglês, italiano e espanhol). Além disso, publicar-se-ão um novo livro do Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, Juiz da Corte Internacional de Justiça, e a quarta edição da Série Estudos de Ciências Penais e Direitos Humanos em homenagem ao Dr. Antônio Sánchez Galindo, ilustre escritor mexicano.

Os interessados em participar dessas publicações deverão enviar os artigos (15 a 25 páginas, espaço simples, fonte Times New Roman 12, notas ao pé de página) para o e-mail cesarbl@matrix.com.br até o final de abril deste ano, com os respectivos dados pessoais (situação acadêmica, títulos, instituição a que pertence e exercício profissional), em cinco linhas.

A página na internet servirá não apenas de portal institucional senão também de veículo de divulgação do Curso e de seus temas e autores ao disponibilizar *on-line* o conteúdo dos livros, alcançando uma audiência potencial de centenas de pesquisadores e profissionais interessados na temática.



Perfil dos e das participantes

Pela natureza interdisciplinar do Curso, espera-se a participação de pessoas provenientes de diversos setores e disciplinas do continente latino-americano que tenham vínculos acadêmicos ou profissionais com o eixo temático O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.





Encerramento dos três primeiros cursos

A proposta é especialmente oportuna para a capacitação de: Operadores/as de justiça; Funcionários/as governamentais que trabalhem com temas de direitos humanos (Defensorias Públicas, Procuradorias, Comissões e Secretarias de direitos humanos); Institutos de investigação social, política e jurídica; Entidades de sociedade civil vinculadas ao campo; Universidades; Organismos internacionais e agências de cooperação.

Contatos

César Barros Leal

Procurador do Estado do Ceará, Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH) e Membro da Assembleia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos cesarbl@matrix.com.br; <http://www.ibdh.org.br>

Soledad García Muñoz

Coordenadora do Escritório para a América do Sul do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH) sgarciamunoz@iidh.ed.cr; www.iidh.ed.cr

CONSELHO EDITORIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

- **Antônio Álvares da Silva**

Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Juiz Togado do Tribunal Regional do Trabalho – TRT – da 3ª Região.

- **Antônio Celso Alves Pereira**

Ex-Reitor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro; Professor de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro; Professor de Política Internacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

- **Antônio Otávio Sá Ricarte**

Professor Assistente do Instituto Rio Branco; ex-Delegado no Brasil ante o Escritório das Nações Unidas em Genebra.

- **Bleine Queiroz Caúla**

Doutoranda em Direito - Área Ciências Jurídico-Políticas (Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa); Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito Processual Civil (Universidade de Fortaleza); Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare 2008; Parecerista da Procuradoria da Assembleia Legislativa do estado do Ceará.

- **Carlos Weis**

Defensor Público do estado de São Paulo; Professor de Direitos Humanos da Academia de Polícia do estado de São Paulo; ex-Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

- **Catherine Maia**

Professora na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto (Portugal); Visiting Professor em Sciences Politics, na Universidade Católica de Lille e na ENS Cachan (França); Investigadora na Academia Internacional de Direito Humanitário e Direitos Humanos de Genebra; Membro do Centro de Direito Internacional (Brasil).

- **Elkin Eduardo Gallego Giraldo**

Presidente do Instituto Colombiano de Direitos Humanos (ICDH); Docente da Faculdade de Direito da Universidade Autônoma Latino-americana e Universidade San Buenaventura, Campus Medellín; Especialista em Direito Administrativo e Mestrando em Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário da Universidade Santo Tomás.

- **Elvira Domínguez-Redondo**

Doutora em Direito pela Universidade Carlos III de Madrid e Professora Associada da Middlesex University, Londres (Reino Unido).

- **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.

- **Filomeno Moraes**

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro; Livre-docente em Ciência Política pela Universidade Estadual do Ceará; Professor Titular do Mestrado/Doutorado em Direito Constitucional da Universidade 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.

- **Juan Carlos Murillo**

Representante do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) para a América Central.

- **Juana María Ibáñez Rivas**

Advogada; Consultora em temas de Direitos Humanos e Direito internacional Humanitário; Investigadora do *Groupe d'études en Droit International et Latino-américain de la Sorbonne*, Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne; ex-Advogada na Área Legal da Corte Interamericana de Direitos Humanos; ex-Assessora Jurídica da Delegação Regional do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICR) para Bolívia, Equador e Peru.

- **Julieta Morales Sánchez**

Doutora em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México; Professora da Faculdade de Direito da UNAM; Mestre em Direito com Menção Honorífica; Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Castilla La Mancha (Espanha).

- **Lília Maia de Moraes Sales**

Pós-doutora pela Universidade de Columbia (EUA); Doutora em Direito pela UFPE; Mestre em Direito pela UFC, com formação em Mediação de Conflitos na Universidade de Harvard; Professora Titular da Unifor; Vice-Reitora de Pesquisa e Pós-Graduação da Unifor; Diretora-Presidente do Instituto Mediação Brasil.

- **Margarida Genevois**

Membro da Comissão de Justiça e Paz do Estado de São Paulo; Coordenadora da Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos.

- **Pablo Saavedra Alessandri**

Secretário da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

- **Philippe Cuvreur**

Secretário da Corte Internacional de Justiça (Haia); Professor de Direito Internacional Público da Universidade Católica de Lavaina, Belgica.

- **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.

- **Ruth Villanueva Castilleja**

Terceira Visitadora Geral da Comissão Nacional dos Direitos Humanos do México; Subprocuradora de Direitos Humanos e Prevenção do Delito da Procuradoria Geral da República; Titular de Prevenção e Readaptação Social e Presidente do Conselho

de Menores da Secretaria de Governo; Catedrática da Universidade Nacional Autônoma do México.

- **Valter Moura do Carmo**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; ex-Assessor do Centro de Estudos e Treinamento da Procuradoria Geral do Estado do Ceará – PGE.

- **Wagner Rocha D’Angelis**

Mestre e Doutor em Direito; Presidente da Associação de Juristas pela Integração da América Latina; Professor de Direito Internacional Público e Direito da Integração da Universidade Tuiuti (Paraná).

